

Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting

Foto omslag: Beeldbank EUR

Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting

Interest-deduction restrictions in the corporate income tax realm

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus
Prof.dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
vrijdag 12 januari 2007 om 16.00 uur

door

Jeroen van Strien

geboren te Rotterdam

Promotiecommissie

Promotor: Prof.dr. P. Kavelaars

Overige leden: Prof.dr. J.N. Bouwman
Prof.dr. R.A. de Mooij
Prof.dr. J.C.M. van Sonderen

© 2006, Jeroen van Strien

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Het complete productaanbod vindt u in de online Kluwershop: www.kluwershop.nl

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie in de serie Fiscale Monografieën (nr. 119), ISBN 90 200 2598 8.

VOORWOORD

Het belastingrecht is een snel veranderende discipline. Bij het schrijven van dit proefschrift over renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting ben ik verschillende malen geconfronteerd met deze waarheid als een koe. Illustratief is dat zelfs tijdens het schrijven van dit voorwoord nog niet (volledig) duidelijk is hoe de renteaftrekbeperkende wetgeving in de vennootschapsbelasting er op het tijdstip van de verdediging van het proefschrift uit zal zien. Vooralsnog lijkt het er op dat de wetgever niet overgaat tot een fundamentele herbezinning op de fiscale behandeling van vergoedingen op eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting, maar slechts de bestaande aftrekbeperkingen enigszins stroomlijnt met wisselend resultaat. Hoewel de wetwijzigingen en jurisprudentie vanzelfsprekend extra werk veroorzaakten, heb ik daar niet onder geleden. De dynamiek waarmee deze wijzigingen gepaard gingen en gaan, hebben mij telkens nieuwe energie en inspiratie gegeven bij het schrijven van deze dissertatie.

Hoewel het schrijven van een proefschrift soms een eenzame bezigheid is, heb ik nooit het gevoel gehad er alleen voor te staan. In de eerste plaats bedank ik mijn promotor Peter Kavelaars voor de ongeëvenaarde snelheid en nauwkeurigheid waarmee hij mijn hoofdstukken heeft nagekeken en voor de vele discussies die ik met hem heb mogen voeren. Tevens dank ik de leden van de kleine commissie Jan Bouwman, Ruud de Mooij en Hans van Sonderen voor hun kritisch commentaar. De commentaren van en de discussies met de 'meelezers' Harrie van Duin en Koos Valkenburg heb ik als zeer waardevol ervaren.

Verder bedank ik mijn ex-collega's van de Capaciteitsgroep Fiscale Economie & Recht van de Erasmus Universiteit in Rotterdam, in het bijzonder Leo Stevens voor de door hem geboden ruimte en morele ondersteuning, mijn kamergenoot Edwin Heithuis voor de interessante discussies over vennootschapsbelasting in het algemeen en renteaftrek in het bijzonder, Evert Aardema, Dirk Albregtse, Ruud van den Dool, Marcel Smeets, voor hun commentaren op hoofdstuk 8 en de (overige) leden van de promovendigroep voor de discussies en ondersteuning. Eva Dreijer, Roxana Schepers en Wendy Toonen wil ik bedanken voor hun hulp bij het opstellen van het bronnenregister.

Ik heb veel support gekregen van mijn directe collega's van KPMG Meijburg & Co in De Meern – prettig dat ik jullie iedere woensdagmiddag heb mogen lastigvallen met

casus over renteaftrek – en ik bedank Sabine Eijpe voor de secretariële ondersteuning. Een bijzonder woord van dank aan Dick Fraterman en Kai de Vries voor de door hen geboden ruimte bij het schrijven van dit proefschrift. Verder mag ik mij gelukkig prijzen met de ondersteuning vanuit het Tax Knowledge Center (TKC) van KPMG Meijburg & Co in Amstelveen onder leiding van Janet Ganzeveld. Simone Gartner en Laurie de Vries bedank ik voor hun hulp bij de Engelse samenvatting en Clary Genuït voor de snelheid waarmee zij aan mijn literatuurverzoeken voldeed. Een bijzonder woord van dank gaat uit naar Margreet Bergstra die met hulp van Jan de Vries dit omvangrijke proefschrift op uitstekende wijze heeft geredigeerd. Verder heb ik de discussies binnen de Tax Knowledge Group winstdrainage van KPMG Meijburg & Co als zeer waardevol ervaren.

Ik bedank mijn familie – in het bijzonder mijn oma, mijn zus Nanda en Dion Filius – en mijn vrienden voor hun morele ondersteuning tijdens het schrijven van dit proefschrift. Ten slotte bedank ik mijn lieve vriendin Mariska Hoogstad voor haar support op het gebied van het jaarrekeningenrecht, maar bovenal voor haar ondersteuning op het persoonlijke vlak en haar begrip.

Ten slotte wil ik mijn lieve ouders bedanken voor alles. Omdat mij de woorden ontbreken die recht doen aan de wijze waarop ik mijn dank tot uitdrukking zou willen brengen, draag ik dit boek aan hen op.

Utrecht, 20 oktober 2006

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XIX

HOOFDSTUK 1

Inleiding en probleemstelling / 1

- 1.1 Financiering / 1
- 1.2 Eigen vermogen versus vreemd vermogen / 2
 - 1.2.1 Punten van onderscheid / 2
 - 1.2.2 Dividend versus rente / 3
- 1.3 Probleemstelling / 4
 - 1.3.1 Motief voor onderzoek / 4
 - 1.3.2 Probleemstelling en toetsingskader / 6
- 1.4 Onderzoeksopzet en hoofdstukindeling / 8
- 1.5 Afbakening en beperkingen onderzoek / 9

HOOFDSTUK 2

Een nadere beschouwing van eigen vermogen en vreemd vermogen / 11

- 2.1 Inleiding / 11
- 2.2 Achtergrond verschil in behandeling / 11
 - 2.2.1 Inleiding / 11
 - 2.2.2 Het globale evenwicht / 12
- 2.3 Enige civielrechtelijke aspecten van eigen en vreemd vermogen / 15
 - 2.3.1 Kapitaal / 15
 - 2.3.2 De lening / 16
 - 2.3.3 Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen / 16
 - 2.3.4 Kwalificatie / 19
- 2.4 Economische aspecten van het fiscale verschil tussen eigen en vreemd vermogen / 20
 - 2.4.1 Inleiding / 20
 - 2.4.2 Macro-economische verstoringen / 21
 - 2.4.2.1 Verstoringen van de vennootschapsbelasting / 21
 - 2.4.2.2 Gevolgen verstoring financieringsbeslissing / 22

2.4.2.3	Verstoring uitdelingsbeslissing / 26
2.4.3	Eigen vermogen en vreemd vermogen in de jaarrekening / 27
2.4.3.1	Inleiding / 27
2.4.3.2	Criteria / 27
2.4.3.3	Hybride financieringsvormen / 29
2.4.3.4	Kwalificatie van rente en dividend / 32
2.4.3.5	Conclusie ten aanzien van kwalificatie conform jaarrekeningenrecht / 33
2.5	Fiscaalrechtelijke verschillen tussen eigen en vreemd vermogen / 34
2.5.1	Vennootschapsbelasting / 34
2.5.2	Dividendbelasting / 36
2.6	Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting / 37
2.6.1	Inleiding / 37
2.6.2	Herkwalificatie / 37
2.6.3	Kosten / 37
2.6.4	Specifieke renteaftrekbeperkingen / 43
2.6.4.1	Beperking renteaftrek voor financiële dienstverleningslichamen / 43
2.6.4.2	Hybride leningwetgeving / 44
2.6.4.3	Samenhang tussen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting / 45
2.6.4.4	Antiwinstdrainagebepalingen / 48
2.6.4.5	Aftrekbeperkingen in verband met de deelnemingsvrijstelling / 49
2.7	Voorlopige indeling nader te onderzoeken renteaftrekbeperkingen / 50
2.8	Samenvatting en conclusies / 51

HOOFDSTUK 3

Jurisprudentiële herkwalificatie van leningen / 55

3.1	Inleiding / 55
3.2	Fiscaalrechtelijke kwalificatie van geldleningen / 56
3.2.1	Het systeem / 56
3.2.2	Invulling van de hoofdregel / 57
3.3	Uitzondering 1: de schijnlening / 58
3.3.1	De schijnhandeling / 58
3.3.2	De criteria van de schijnlening / 61
3.3.2.1	Wanneer is er sprake van een schijnlening: criteria / 61
3.3.2.2	Invulling van de criteria van de uitzondering schijn / 62
3.3.2.3	Conclusie invulling van de criteria van de uitzondering schijn / 75
3.3.2.4	Conclusie naar aanleiding van de criteria / 79
3.3.3	Schijnhandeling of fraud legis / 80
3.4	Uitzondering 2: de deelnemerschapslening / 81
3.4.1	De deelnemerschapslening / 81
3.4.2	Criteria deelnemerschapslening / 81
3.4.2.1	Wanneer is er sprake van een deelnemerschapslening / 81
3.4.2.2	Winstafhankelijke rente / 86
3.4.2.3	Geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie / 95
3.4.2.4	Achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers / 102

3.4.2.5	Conclusie naar aanleiding van de criteria / 103
3.5	Uitzondering 3: de bodemlozeputvordering / 106
3.5.1	De bodemlozeputvordering / 106
3.5.2	De criteria van de bodemlozeputvordering / 107
3.5.2.1	Wanneer is er sprake van een bodemlozeputvordering: criteria / 107
3.5.2.2	Aandeelhouderseis / 109
3.5.2.3	Vordering komt geen waarde toe / 115
3.5.2.4	'Reeds aanstonds duidelijk'-eis / 117
3.5.2.5	Onzakelijke lening zonder herkwalificatie / 119
3.5.2.6	Conclusie naar aanleiding van de criteria / 120
3.6	De beoordeling van het systeem van BNB 1988/217 / 122
3.6.1	Algemeen / 122
3.6.2	Schijn / 123
3.6.3	Deelnemerschap / 123
3.6.4	Bodemloze put / 124
3.6.5	Besmette leningen tussen niet-aandeelhouders / 125
3.7	Samenvatting en conclusies / 126

HOOFDSTUK 4

De hybride leningwetgeving / 131

4.1	Inleiding / 131
4.2	Aanloop naar de hybride leningwetgeving / 132
4.2.1	Voorgestelde reparaties / 132
4.2.2	Kritiek op de studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief / 133
4.3	Beperking renteaftrek / 137
4.3.1	Werking aftrekbeperking op hoofdlijnen / 137
4.3.2	Vergoedingen en waardemutaties / 138
4.3.3	Geldlening / 140
4.4	Invulling enkele begrippen / 142
4.4.1	Jaarwinst, totale winst en commerciële winst / 142
4.4.2	Rechtens dan wel in feite / 142
4.4.3	Rentestafel afhankelijk van de winst / 146
4.4.4	Gedeeltelijke winstafhankelijkheid / 148
4.4.5	Converteerbare obligatieleningen / 150
4.4.6	Verschuldigdheid is winstafhankelijk / 152
4.4.6.1	Onduidelijkheid toepassing / 152
4.4.6.2	Tijdelijk opschorten van de betalingsplicht / 153
4.4.7	Verboden lichaam / 154
4.4.8	Leningen die in gedeelten worden afgelost / 155
4.4.9	Rekening-courant / 156
4.4.10	Leningen zonder bepaalde looptijd / 157
4.4.11	Achtergesteldheid ten opzichte van concurrente crediteuren / 158
4.5	Wijzigingen in de leningsvoorwaarden en overige wijzigingen / 159
4.5.1	Ratio / 159

4.5.2	Statisch of dynamisch / 160
4.5.3	Resterende looptijd / 160
4.5.4	Aanpassen looptijd / 161
4.5.5	Navorderingstermijn / 162
4.5.6	Verlenging looptijd reeds gedeeltelijk afgeloste lening / 163
4.5.7	Verkorten looptijd / 164
4.5.8	Wijziging in de achterstelling / 165
4.5.9	Wisselingen in gelieerdheid / 166
4.5.10	Oversluiten van een lening / 167
4.5.11	Schematische weergave van gevolgen van wijzigingen / 171
4.6	Renteloze leningen en onzakelijke vergoedingen / 172
4.6.1	Winstafhankelijkheidsfictie / 172
4.6.2	Gelieerd / 173
4.6.3	BNB 1978/252 en art. 8b blijven van toepassing / 174
4.7	Overgangsregeling / 176
4.7.1	Hoofdregel / 176
4.7.2	Uitzonderingen / 177
4.7.3	Wijzigingen oude leningen in 2002 / 177
4.7.4	Aanpassingen per 1 januari 2003 / 178
4.8	De deelnemerschapslening en de 10-1-d-lening en fraus legis / 179
4.9	Beoordeling hybride leningwetgeving / 180
4.9.1	Inleiding / 180
4.9.2	Reparatie 'BNB 1998/208' / 180
4.9.2.1	Inleiding / 180
4.9.2.2	Particuliere beleggers / 180
4.9.2.3	Grensoverschrijdende kwalificatieverschillen / 181
4.9.3	Kritiek op hybride leningwetgeving / 182
4.9.3.1	Gebrekkige motivering voor invoering regeling / 182
4.9.3.2	Nadruk op winstafhankelijkheid / 183
4.9.3.3	Renteloosheid en onzakelijke rente / 185
4.9.3.4	Tussentijdse wijzigingen leningvoorwaarden / 186
4.9.3.5	Ontgaansmogelijkheden in concernverband / 187
4.9.3.6	Onduidelijkheid / 188
4.10	De hybride lening in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' / 190
4.10.1	Voorgestelde wijzigingen / 190
4.10.2	Motivering schrappen hybride leningwetgeving / 190
4.10.3	Terug naar jurisprudentie deelnemerschapsleningen / 192
4.10.4	Invoering aftrekbeperking onzakelijke rente / 196
4.11	Samenvatting en conclusie / 199

HOOFDSTUK 5

De secundaire toets bij de jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen / 203

5.1	Inleiding / 203
5.2	Uitzonderingen van BNB 1988/217 en deelnemingsvrijstelling / 204

5.2.1	Deelnemerschapslening / 204
5.2.1.1	Inleiding / 204
5.2.1.2	Kwalificeert een deelnemerschapslening als (informeel) kapitaal? / 205
5.2.1.3	Deelnemingsvrijstelling en de deelnemerschapslening / 209
5.2.2	Schijnlening / 212
5.2.3	Bodemlozeputvordering / 213
5.2.4	Deelneming in de vorm van opties / 214
5.3	Hybride lening en deelnemingsvrijstelling / 215
5.3.1	Kwalificeert een hybride lening als (informeel) kapitaal? / 215
5.3.1.1	Argumenten voor en tegen / 215
5.3.1.2	Meer duidelijkheid omtrent kwalificatie hybride lening / 217
5.3.1.3	Redenen voor aanvankelijke onduidelijkheid / 218
5.3.2	Deelnemingsvrijstelling en de hybride lening / 218
5.3.2.1	Meeslepen hybride lening / 218
5.3.2.2	Tijdstip toetsing voorwaarden / 220
5.3.2.3	Deelnemingsvrijstelling bij buitenlandse debiteur / 222
5.3.2.4	Bijzondere situaties / 224
5.3.2.5	Deelnemerschapslening naast hybride lening? / 229
5.4	Uitzonderingen van BNB 1988/217 en dividendbelasting / 230
5.5	Dividendbelasting en hybride leningen / 230
5.5.1	Welke bepaling is van toepassing? / 230
5.5.2	De inhoudingsvrijstellingen dividendbelasting / 232
5.6	Leningen ex BNB 1988/217 en hybride leningen in internationaal perspectief / 232
5.6.1	Economisch dubbele heffing en 'corresponding adjustments' / 232
5.6.2	Juridisch dubbele heffing: verdeling van heffingsrechten / 235
5.7	Strijdigheid EU-recht? / 239
5.8	De deelnemerschapslening en de hybride lening in wetsvoorstel 'Werken aan winst' / 245
5.9	Samenvatting en conclusie / 246
HOOFDSTUK 6	
(Anti)winstdrainagebepalingen / 251	
6.1	Inleiding / 251
6.2	De winstdrainagejurisprudentie / 252
6.2.1	Inleiding / 252
6.2.2	Interne reorganisaties / 253
6.2.3	Schuldig gebleven kapitaalstortingen en dividenduitkeringen / 254
6.2.4	Introductie 'tegenbewijs' / 255
6.2.5	Winstdrainagejurisprudentie na invoering art. 10a en 15, lid 4 / 256
6.2.5.1	Afbakening onderzoek / 256
6.2.5.2	Activa-passivatransacties / 257
6.2.5.3	Keuzevrijheid belastingplichtigen / 257
6.2.5.4	'Tegenbewijs' / 258
6.2.6	Conclusies naar aanleiding van de winstdrainagejurisprudentie / 260

6.3	Motivatie van de wetgever voor invoering art. 10a / 263
6.4	Renteaftrek terzake van schuldigerkenningen / 265
6.4.1	Hoofdregel / 265
6.4.2	Rente, kosten en valutaresultaten / 266
6.4.3	Rechthebbende / 268
6.4.4	Besmette handelingen / 269
6.4.5	Tegenbewijs / 276
6.4.5.1	Verschillende disculpatiemogelijkheden / 276
6.4.5.2	Zakelijke overwegingen / 276
6.4.5.3	Compenserende heffing / 279
6.5	Interne leningen die verband houden met bepaalde rechtshandelingen / 281
6.5.1	Hoofdregel / 281
6.5.2	Besmette rechtshandelingen / 282
6.5.3	Tegenbewijs / 292
6.5.3.1	Algemeen / 292
6.5.3.2	Zakelijke overwegingen / 292
6.5.3.3	Compenserende heffing / 296
6.6	Het begrip verbondenheid / 304
6.6.1	Verbonden lichaam / 304
6.6.1.1	Definitie / 304
6.6.1.2	Lichaam / 304
6.6.1.3	Belang / 306
6.6.2	Verbondenheid fiscale eenheid, fusie en splitsing / 311
6.6.3	Verbonden natuurlijk persoon / 311
6.7	Beoordeling antiwinstdrainagewetgeving / 312
6.7.1	Effect op jurisprudentie / 312
6.7.1.1	Effect antiwinstdrainagewetgeving op casus winstdrainagearresten / 312
6.7.1.2	Effect antiwinstdrainagewetgeving op casus ex post winstdrainagearresten / 314
6.7.1.3	Conclusie / 315
6.7.2	Kanttekeningen bij antiwinstdrainagewetgeving / 315
6.7.2.1	Geldlening / 315
6.7.2.2	Garantstellingen / 317
6.7.2.3	Causaliteit / 319
6.7.2.4	Besmetting en ontsmetting / 323
6.7.2.5	Dubbele heffing en overkill / 327
6.7.2.6	Compenserende heffing: verhouding lid 1 tot lid 2 / 330
6.7.2.7	Invulling compenserende heffing / 333
6.7.3	Strijdigheid EU-recht / 338
6.7.3.1	Fraus legis en EU-recht / 338
6.7.3.2	Art. 10a en EU-recht / 341
6.7.4	Paradoxe uitwerking winstdrainagewetgeving / 345
6.8	Overnameholdings / 345
6.8.1	Inleiding / 345
6.8.2	Ratio / 346

6.8.2.1	Het overnameholdingbeleid / 346
6.8.2.2	Doel en strekking / 347
6.8.2.3	Aanpassing temporiseringsbepaling / 347
6.8.3	Situaties van temporisering / 348
6.8.3.1	Overnameholding / 348
6.8.3.2	Variaties op de overnameholding / 349
6.8.3.3	Kapitaalstorting / 352
6.8.4	Temporisering: enige begrippen nader beschouwd / 353
6.8.4.1	Bekende begrippen uit winstdrainagewetgeving / 353
6.8.4.2	Eigen winst / 355
6.8.4.3	Eigen winst bij kapitaalstorting / 358
6.8.5	Tegenbewijs / 359
6.8.5.1	Algemeen / 359
6.8.5.2	Tegenbewijs overnameholding: criteria / 360
6.8.5.3	Ad 1: grondslageis / 360
6.8.5.4	Ad 2: externe financiering / 364
6.8.5.5	Tegenbewijs gefinancierde kapitaalstorting / 367
6.8.5.6	Bedrijfsovername / 368
6.9	Beoordeling van art. 15ad / 369
6.9.1	Temporiseringsbepaling versus jurisprudentie / 369
6.9.2	Problematiek berekening eigen winst / 370
6.9.3	Bewijsproblematiek / 372
6.9.4	Dubbele heffing / 373
6.9.5	Onmiddellijke werking / 374
6.9.6	Effectiviteit / 375
6.9.7	Garantstellingen: wetsgeschiedenis versus beleid / 376
6.9.8	EU-recht / 377
6.9.9	Dynamische interpretatie / 377
6.9.10	Bv 1-bv 2 / 378
6.10	Fraus legis naast (anti)winstdrainagewetgeving / 379
6.10.1	Algemeen / 379
6.10.2	Toepasselijkheid fraus legis naast art. 10a / 380
6.10.3	Toepasselijkheid fraus legis naast art. 15ad / 381
6.11	Antiwinstdrainagewetgeving en 'Werken aan winst' / 384
6.11.1	Voorgestelde wijzigingen / 384
6.11.2	Winstdrainage versus thin capitalisation / 385
6.11.3	Besmette rechtshandelingen van art. 10a (wv) / 386
6.11.3.1	Algemeen / 386
6.11.3.2	Causaliteit / 386
6.11.3.3	Storting in een vennootschap / 388
6.11.3.4	Geen 'aanwending van vermogen' meer / 389
6.11.3.5	Samenloop art. 10a en art. 10, lid 1, onderdeel d / 391
6.11.4	Schulden in plaats van geldleningen / 391
6.11.5	Samenvoegen lid 1 en lid 2 / 393
6.11.6	Beperking tot structuren met verbonden lichamen / 393
6.11.7	Invulling compenserende heffing en zakelijke overwegingen / 395

6.11.8	Verduidelijking/uitbreiding begrip verbonden lichaam / 397
6.11.9	Invulling begrip verbonden natuurlijk persoon voor art. 10a / 399
6.11.10	Uitbreiding met externe acquisities / 399
6.11.10.1	Ratio intrekken overnameholding wetgeving / 399
6.11.10.2	Nadelige consequenties / 400
6.11.10.3	Zakelijke overwegingen / 401
6.11.10.4	Bedrijfsovernames / 403
6.11.10.5	Getemporiseerde rente / 404
6.11.10.6	Bv 1-bv 2-structuren / 404
6.12	Conclusie / 405

HOOFDSTUK 7

Thin capitalisation / 409

7.1	Inleiding / 409
7.2	Achtergrond invoering thin-capitalisationwetgeving / 410
7.2.1	Beperking renteaftrek in internationale situaties / 410
7.2.2	Strijdigheid met EU-recht / 411
7.2.3	Motivering voor invoering en alternatieve oplossingen / 412
7.2.4	Eerdere voorstellen inzake thin capitalisation / 414
7.3	Opzet regeling en behandeling algemene begrippen / 415
7.3.1	Inleiding / 415
7.3.2	Rente en kosten / 415
7.3.3	Maximering renteaftrek / 416
7.3.4	Het groepsbegrip / 418
7.3.4.1	Groep / 418
7.3.4.2	Richtlijn voor de jaarverslaggeving 214 / 420
7.3.4.3	Nadere opmerkingen ten aanzien van het groepsbegrip / 422
7.3.5	Berekening niet-aftrekbare rente / 424
7.3.5.1	Berekening omvang niet-aftrekbaar bedrag / 424
7.3.5.2	Geen saldering / 425
7.4	Individuele toets / 425
7.4.1	Inleiding / 425
7.4.2	Gemiddelden / 426
7.4.3	Vreemd vermogen / 427
7.4.3.1	Saldering / 427
7.4.3.2	Aansluiting bij jurisprudentieel herkwalficeren van geldverstrekkingen / 428
7.4.3.3	Geldlening / 429
7.4.3.4	Enkelvoudige of meervoudige toetsing / 432
7.4.3.5	Thin capitalisation in combinatie met temporisering / 433
7.4.4	Eigen vermogen / 433
7.4.4.1	Algemeen / 433
7.4.4.2	Hybridiseren en omzetten in eigen vermogen / 434
7.4.4.3	Vreemd vermogen presenteren als eigen vermogen / 435
7.4.4.4	Uitsluiten fiscale reserves ex art. 3.53 IB 2001 / 436

7.4.4.5	Beïnvloeding eigen vermogen / 436
7.4.4.6	Voeging in een fiscale eenheid / 441
7.4.5	De franchise van € 500.000 / 442
7.4.6	Enkele aandachtspunten bij de individuele toets / 443
7.5	De groepstoets / 444
7.5.1	Inleiding / 444
7.5.2	Achtergrond groepstoets / 444
7.5.3	Berekening niet-aftrekbare rente / 445
7.5.3.1	Gemiddelden / 445
7.5.3.2	Berekening teveel vreemd vermogen bij groepstoets / 445
7.5.4	Geconsolideerde versus vennootschappelijke jaarrekening van de belastingplichtige / 446
7.5.5	Balans tophoudster / 451
7.5.6	Bepaling commercieel vermogen / 453
7.5.6.1	Inleiding / 453
7.5.6.2	Vennootschappelijke jaarrekening / 453
7.5.6.3	Commercieel eigen vermogen: geconsolideerde jaarrekening / 454
7.5.6.4	Commercieel eigen vermogen: waardering en beïnvloeding eigen vermogen / 457
7.5.6.5	Commercieel vreemd vermogen / 459
7.5.7	IAS/IFRS / 461
7.5.7.1	IAS/IFRS algemeen / 461
7.5.7.2	Gevolgen IFRS voor thin-capitalisationwetgeving / 462
7.6	Voorkoming dubbele belasting / 464
7.6.1	Algemeen / 464
7.6.2	Maximering voorkoming / 465
7.6.3	Uitsluiting diverse bepalingen / 466
7.6.4	Delegatiebepaling / 468
7.6.5	Verrekening buitenlandse bronbelasting / 469
7.7	Beoordeling thin-capitalisationwetgeving / 470
7.7.1	Inleiding / 470
7.7.2	Economische kanttekeningen bij thin capitalisation / 470
7.7.3	Fiscaaltechnische kritiek op de thin-capitalisationwetgeving / 472
7.8	Secundaire toets / 480
7.8.1	Nederlandse thin capitalisation en verdragstoepassing / 480
7.8.2	Strijdigheid met EU-recht / 482
7.8.3	Dividendbelasting en deelnemingsvrijstelling / 487
7.9	Wijziging thin-capitalisationwetgeving in verband met het wetsvoorstel 'Werken aan winst' / 489
7.10	Conclusie en samenvatting / 490
HOOFDSTUK 8	
Categorisering renteaftrekbeperkingen en alternatieve systemen / 495	
8.1	Inleiding / 495
8.2	Toetsingskader / 496

8.2.1	Toetsingskader / 496
8.2.2	Toetsingskader alternatieven / 499
8.3	Toetsing huidige systeem / 500
8.3.1	Algemeen / 500
8.3.2	Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen / 500
8.3.3	Antiwinstdrainagewetgeving / 504
8.3.4	Thin-capitalisationwetgeving / 508
8.3.5	Samenvattend schema / 510
8.4	Overzicht aftrekbeperkingen en achtergrond / 512
8.4.1	Categorisering aftrekbeperkingen / 512
8.4.2	Totaalwinstbewakers / 513
8.4.3	Evenwichtbewakers / 514
8.4.4	Buitenlands belastingsysteembewaker / 515
8.4.5	Systeembewakers / 515
8.4.6	Grondslagbewakers / 516
8.4.7	Conclusie / 517
8.5	Presentatie oplossingen / 519
8.5.1	Toekomst renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting / 519
8.5.2	Indeling oplossingen en afbakening onderzoek / 520
8.5.3	Geen gelijke behandeling eigen vermogen en vreemd vermogen / 525
8.5.3.1	Alternatieven / 525
8.5.3.2	Thin capitalisation / 526
8.5.3.3	Repareren huidige systeem / 530
8.5.3.4	Alternatief binnen het huidige systeem / 534
8.5.3.5	Tariefverlaging / 536
8.5.4	Gelijke behandeling eigen vermogen en vreemd vermogen / 538
8.5.4.1	Vreemd vermogen behandelen als eigen vermogen / 538
8.5.4.2	Rente niet aftrekbaar / 539
8.5.4.3	Rente verbonden lichamen niet aftrekbaar / 545
8.5.4.4	Aftrekverbod tenzij compenserende heffing / 546
8.5.4.5	Forfaitaire winstbepaling / 547
8.5.5	Eigen vermogen behandelen als vreemd vermogen / 548
8.5.5.1	Algemeen / 548
8.5.5.2	Werkelijke winstuitdeling aftrekbaar en primair dividend / 549
8.5.5.3	Fictieve rente over eigen en vreemd vermogen en primair rendement / 550
8.5.5.4	Keuze / 552
8.6	Stelsel van aftrek van primair rendement / 553
8.6.1	Inleiding / 553
8.6.2	Fiscaal theoretische onderbouwing / 553
8.6.3	Invulling diverse begrippen / 555
8.7	Toetsing stelsel primair rendement / 563
8.7.1	Economische toetsing / 563
8.7.1.1	Presentatie model, uitgangspunten en toetsingsmethodiek / 563
8.7.1.2	Variatie in uitgangspunten / 567
8.7.1.3	Conclusie ten aanzien van economische toetsing / 570

8.7.2	Fiscaalrechtelijke toetsing: primair / 571
8.7.2.1	Primaire toets: rechtvaardigheid / 571
8.7.2.2	Primaire toets: effectiviteit / 575
8.7.2.2.1	Beleidsdoelstelling en kosten / 575
8.7.2.2.2	Test structuren waartegen renteaftrekbeperkingen zich richten / 578
8.7.2.3	Primaire toets: efficiëntie / 583
8.7.3	Fiscaalrechtelijke toetsing: secundair / 584
8.7.3.1	Secundaire toets: EU-recht en internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting / 584
8.7.3.2	Secundaire toets: dividendbelasting / 586
8.8	Bezwaren tegen stelsel aftrek primair rendement / 590
8.8.1	Verhouding inkomstenbelasting – vennootschapsbelasting / 590
8.8.2	Enkele praktische bezwaren / 590
8.8.3	Primair rendement versus tariefverlaging / 592
8.8.4	Enkele buitenlandse perikelen / 593
8.8.5	Transitie- en invoeringsproblemen / 595
8.8.6	Economische verstoringen / 595
8.8.7	Zelfstandige invoering en conclusie / 598
8.9	Conclusie / 600

HOOFDSTUK 9

Samenvatting en conclusies / 605

9.1	Inleiding, probleemstelling en onderzoeksopzet / 605
9.2	Economische verstoringen / 606
9.3	Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen / 607
9.4	Hybride leningen / 608
9.5	Secundaire toetsing deelnemerschapsleningen en hybride leningen / 609
9.6	Winstdrainagewetgeving / 611
9.7	Thin capitalisation / 612
9.8	Categorisering en alternatieven / 613
9.8.1	Categorisering en beoordeling huidige systeem / 613
9.8.2	Alternatieven / 614
9.8.3	Oplossing: stelsel van aftrek van primair rendement / 615

Summary / 619

Bijlage A / 629

Bijlage B / 631

Bijlage C / 643

Lijst van geraadpleegde literatuur en jurisprudentie / 655

Trefwoordenregister / 679

Curriculum vitae / 697

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

a.b.-houder	aanmerkelijkbelanghouder
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
AVA	algemene vergadering van aandeelhouders
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
B	Beslissingen in belastingzaken (1912-1952)
bel.	belasting
Besluit Vpb 1942	Besluit Vennootschapsbelasting 1942
Besluit WB 1940	Besluit op de Winstbelasting 1940
blz.	bladzijde
BNB	Beslissingen in Belastingzaken – Nederlandse Belastingrechtspraak (sinds 1953)
bui.	buitenland
bv	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Bvdb 1989	Besluit voorkoming dubbele belasting 1989
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
c.q.	casu quo
dga	directeur groootaandeelhouder
dnv	deelnemingsvrijstelling
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
CDA	Christen Democratisch Appèl
cv	commanditaire vennootschap
D'66	Democraten 1966
De NV (tijdschrift)	De Naamlooze Vennootschap
EESV	Europees Economisch Samenwerkingsverband
etc.	et cetera
EK	Eerste Kamer der Staten Generaal
EV	eigen vermogen
FED	Fiscaal weekblad FED
GAAP	generally accepted accounting principles
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
IFRS	International Financial Reporting Standards
IMF	Internationaal Monetair Fonds
JvS	Jeroen van Strien
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
mln.	miljoen
mrd.	miljard
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie

Lijst van gebruikte afkortingen

Nota navnv	Nota naar aanleiding van nader verslag
Nota navv	Nota naar aanleiding van het verslag
nr.	nummer
NSV	Nederlands standaardverdrag
NTFR	Nederlands tijdschrift voor Fiscaal recht
NV	Nader verslag
nv	naamloze vennootschap
NvW	Nota van Wijziging
o/g	opgenomen geld
Pb EG	Publikatieblad der Europese Gemeenschappen
P-G	Procureur-Generaal
p.r.	primaire rendement
PvdA	Partij van de Arbeid
RJ	Raad voor de Jaarverslaggeving
r.o.	Rechtsoverweging
RvC	Raad van Commissarissen
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
SGP	Staatkundig Gereformeerde Partij
Stb.	Staatsblad
SVW	standaardvoorwaarde
TBS	ter beschikking stellen
TFB	Tijdschrift voor formeel belastingrecht
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
u/g	uitgegeven geld
Uitv.besch.	Uitvoeringsbeschikking
Uitv.reg.	Uitvoeringsregeling
V-N	Vakstudie Nieuws
vof	vennootschap onder firma
Vpb	vennootschapsbelasting
VV	vreemd vermogen
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
Wet BRV	Wet op belastingen van rechtsverkeer
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet DTB 1917	Wet op de dividend- en tantiëmebelasting 1917
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WIR	Wet investeringsrekening
WFR	Weekblad fiscaal recht
WV	Wetsvoorstel

In bepaalde citaten komt de munteenheid gulden voor. Per 1 januari 2002 is de gulden vervangen door de euro. De omrekenkoers bedraagt: 1 euro is 2,20371 gulden.

HOOFDSTUK 1

Inleiding en probleemstelling

1.1 Financiering

Vennootschappen maken bij de uitoefening van hun ondernemingsactiviteiten gebruik van productiemiddelen zoals kapitaalgoederen, arbeid en grondstoffen. Om deze productiemiddelen te kunnen aanschaffen, hebben vennootschappen behoefte aan financieringsmiddelen en hierdoor worden zij geconfronteerd met een continue financieringsbehoefte. Allereerst is voor de oprichting van een vennootschap vermogen nodig, maar ook bij investeringen – bij zowel uitbreidingsinvesteringen als vervangingsinvesteringen – komt de vraag op, hoe deze investeringen dienen te worden gefinancierd. Daarnaast manifesteert de financieringsbehoefte zich in verliessituaties, waarbij het de vraag is hoe de opgekomen verliezen kunnen worden aangezuiverd.

Bij de genoemde financieringsvraagstukken hebben vennootschappen de keuze uit twee soorten vermogen.¹ De eerste vermogenssoort is eigen vermogen, dat is verkregen uit winstinhoudingen, aandelenemissies en informele kapitaalstortingen. De tweede vermogenssoort betreft vreemd vermogen, aangetrokken van derden of van aandeelhouders die tevens optreden als crediteur. Beide vermogenssoorten hebben elk hun eigen voor- en nadelen. De keuze van de financieringswijze hangt met name af van een drietal factoren², te weten:

1. (bedrijfs-)economische;
2. civielrechtelijke; en
3. fiscaalrechtelijke factoren.

Bedrijfseconomische factoren die de financieringskeuze kunnen beïnvloeden zijn bijvoorbeeld de hefboomwerking (leverage), de tijdsduur waarvoor het vermogen benodigd is, de hoogte van de vergoeding en het antwoord op de vraag in hoeverre de vermogensverstrekking dient te delen in het ondernemingsrisico. Een meer macro-economische factor is het sentiment van de vermogensmarkt. In bepaalde perioden – in perioden van hausse op de aandelenmarkt, vergelijk eind jaren negen-

1. Er bestaan ook vermogensvormen die zowel kenmerken vertonen van eigen vermogen als van vreemd vermogen; de zogenoemde hybride financieringsvormen.
2. Vergelijk Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 7.

tig – is het namelijk aantrekkelijker om een aandelenemissie te plegen dan in andere perioden.

De civielrechtelijke factoren houden nauw verband met de drie hoofdfuncties van kapitaal.³ Deze functies omvatten:

- het determineren en verdelen van de rechten van de aandeelhouders;
- het zijn van een hulpmiddel om het statutaire doel van de vennootschap te bereiken; en
- het zijn van een garantie voor crediteuren.⁴

In hoofdstuk 2 ga ik beknopt in op deze civielrechtelijke functies.

Ook op fiscaal gebied bestaat er op een aantal punten onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Bij de financieringsbeslissing van ondernemingen bestaan de verschillen voornamelijk in de vennootschapsbelasting. Voorts doen zich verschillen voor in de dividendbelasting.⁵ Tot 1 januari 2006 kende het Nederlandse belastingrecht nog een kapitaalsbelasting, opgenomen in de Wet op belasting van rechtsverkeer 1970. Op het gebied van deze belasting bestond eveneens een onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Kort samengevat was in beginsel het aantrekken van kapitaal wel en het aantrekken van een lening niet onderworpen aan de heffing van kapitaalsbelasting. Gegeven het feit dat de kapitaalsbelasting is afgeschaft, besteed ik in dit onderzoek geen aandacht aan deze belasting.⁶

Het onderwerp van dit onderzoek vindt zijn oorsprong in de fiscaalrechtelijke verschillen in behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

1.2 Eigen vermogen versus vreemd vermogen

1.2.1 Punten van onderscheid

De fiscale consequenties van financiering met eigen vermogen wijken in een aantal situaties sterk af van financiering met vreemd vermogen. Het verschil in vermogenssoort is – voor de vennootschapsbelasting – met name in de vier onderstaande situaties manifest.⁷

3. Zie Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer 1994, blz. 23 en ook Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.0.6.B,b.
4. Hierbij zij opgemerkt, dat hoe kleiner de verhouding EV:VV is, hoe minder deze garantiefunctie tot zijn recht komt. In een dergelijke situatie zullen crediteuren dan ook normaliter een hogere vergoeding en/of (aanvullende) zekerheden eisen.
5. Ook in de inkomstenbelasting kunnen zich verschillen voordoen met betrekking tot de behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Dit onderscheid staat echter niet centraal in dit onderzoek.
6. Dit is slechts anders voor zover de aandachtspunten ten aanzien van de kapitaalsbelasting ook belangwekkend zijn voor andere onderwerpen in dit onderzoek.
7. Vergelijk Aardema, E.; Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip enige belastingen, WFR 1986/817.

1. Waardemutaties (bijvoorbeeld door valutawijzigingen) hebben geen invloed op de winst van de geldnemer indien het een waardemutatie van eigen vermogen betreft. Daarentegen beïnvloeden waardemutaties van een lening onder voorwaarden wel de winst van een debiteur.
2. Ook voor de geldverstrekker hangt de uitwerking van waardemutaties af van de kwalificatie van het versterkte vermogen. Waardemutaties van vreemd vermogen raken de winst van de crediteur in beginsel wel, terwijl waardemutaties van kapitaal – uitgaande van toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling – de winst van de kapitaalverschaffer niet raken.
3. De vergoeding die wordt betaald voor vreemd vermogen, geldt voor de debiteur in beginsel als aftrekbare kostenpost. De vergoeding die wordt betaald voor eigen vermogen (dividend) mag daarentegen niet in mindering komen op de winst van de geldnemer.
4. Voor de geldverstrekker zijn ontvangen rentevergoedingen in beginsel belast. Uitgaande van de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling zijn ontvangen dividenden daarentegen vrijgesteld.

1.2.2 *Dividend versus rente*

Sinds het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 kent Nederland het klassieke stelsel. In dit stelsel wordt een vennootschap (bv/nv) gezien als een zelfstandige entiteit, die losstaat van haar aandeelhouder(s) en die zelfstandig deelneemt aan het economische verkeer. Deze visie houdt in dat een vennootschap zelfstandig wordt belast met vennootschapsbelasting over de door haar behaalde winst. Hierbij is het antwoord op de vraag of een vennootschap ook daadwerkelijk als economisch zelfstandig kan worden beschouwd, niet relevant.⁸ Evenmin is het van belang of de winsten worden uitgedeeld dan wel gereserveerd.

Karakteristiek voor het klassieke stelsel is dat dubbele heffing plaatsvindt over de uitgekeerde winsten. Over deze winsten wordt namelijk eerst vennootschapsbelasting geheven op het niveau van de vennootschap en vervolgens worden de uitgekeerde winsten op het niveau van de aandeelhouder belast met inkomstenbelasting.⁹ De vergoeding die een geldnemer betaalt aan de verstrekker van eigen vermogen kwalificeert als een winstbestemmende uitkering en valt als zodanig niet onder

8. Bij een beursgenoteerde nv is de economische zelfstandigheid doorgaans veel beter te verdedigen dan bij een bv met één directeur-groootaandeelhouder (hierna aangeduid als dga). In het eerste geval zijn de aandeelhouders weinig meer dan achtergestelde crediteuren die een winstafhankelijke beloning ontvangen, terwijl de dga in wezen beslist voor de bv (vergelijk Cnossen, S.; *The role of the corporation Tax in OECD Member Countries*, in Head, J. and Krever, R. (red.); *Company Tax Systems*, Fiscal publications, Melbourne, 1996, pagina 49-84).
9. Dit klassieke stelsel bestond, afgezien van de dividendvrijstelling, in ieder geval tot 1 januari 2001. Voor a.b.-houders wordt de dubbele heffing overigens aanzienlijk gemitigeerd. In hoofdstuk 2 ga ik nader in op de dubbele heffing van het klassieke stelsel.

de categorie bedrijfskosten en is dus niet aftrekbaar.¹⁰ Rentebetalingen zijn daarentegen in beginsel wel aftrekbaar. De zelfstandigheidsgedachte is in het klassieke stelsel dus niet zover doorgetrokken dat een vennootschap de vergoedingen die zij betaalt voor het ter beschikking stellen van eigen vermogen ook ten laste mag brengen van haar fiscale winst.

Voor genoemd verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen brengt de volgende twee verstoringen van de kapitaalmarkt mee¹¹:

1. winstinhouding¹²;
2. financiering met vreemd vermogen in plaats van financiering met eigen vermogen.¹³

Het eerste punt beïnvloedt de investeringsbeslissing, zodat de optimale allocatie van het schaarse, alternatief aanwendbare kapitaal in het gedrang komt. De fiscale stimulering met vreemd vermogen brengt het risico mee van 'ongezonde' financieringsverhoudingen. Voorts brengt de aftrekbaarheid van rente het risico mee van grondslagerosie, wat nadelige consequenties kan hebben voor de belastingopbrengst. Het eerste punt komt met name voort uit de relatie tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, zie hiervoor hoofdstuk 2 en hoofdstuk 8. Het onderscheid in de fiscale behandeling van de vergoeding voor vreemd vermogen en de vergoeding voor eigen vermogen komt vooral tot uitdrukking in de vennootschapsbelasting. Dit laatste onderscheid staat in dit onderzoek centraal.

1.3 Probleemstelling

1.3.1 Motief voor onderzoek

De problematiek betreffende de kostenafrek van ter beschikking gesteld vermogen en de beperking daarvan, is al geruime tijd een onderwerp dat de gemoederen in vennootschapsbelastingland bezighoudt. De discussie over deze problematiek is echter nog geenszins uitgekristalliseerd. Te denken valt aan HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 en HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83. In deze arresten vult de Hoge

10. Op grond van art. 10, lid 1, onderdeel a juncto art. 9 Wet Vpb 1969 zijn winstuitdelingen zoals dividend namelijk niet aftrekbaar van de winst. Waar ik in dit onderzoek verwijs naar een wetsartikel verwijs ik naar de Wet Vpb 1969, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven.
11. Voor een nadere analyse verwijs ik naar hoofdstuk 2. Vergelijk ook Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871 en Cnossen, S.; Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 52-55.
12. Dit is het geval indien de belastingdruk (inkomstenbelasting plus vennootschapsbelasting) op uitgedeelde winst hoger is dan de belastingdruk op ingehouden winst. Dit zal in de regel het geval zijn. Vergelijk echter box 3, waarin de belegger vanuit fiscaal perspectief indifferent is jegens de dividendpolitiek.
13. Rente mag namelijk in beginsel ten laste worden gebracht van de fiscale winst, terwijl dit niet geldt voor dividend. De netto kosten van vreemd vermogen zijn vanwege het belastingvoordeel in beginsel lager dan de netto kosten van eigen vermogen.

Raad de voorwaarden van een deelnemerschapslening nader in. Voorts wijs ik op HvJ EG van 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal), waarin het HvJ EG oordeelde dat de kostenaftrekbeperking van art. 13, lid 1 (zoals deze bepaling luidde tot en met 2002) strijdig moest worden geacht met EU-recht.

Dat dit onderwerp ook de gemoederen van de wetgever blijft bezighouden, blijkt wel uit de op 13 december 1996 door de Eerste Kamer aangenomen Wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur¹⁴, het per 1 januari 2001 ingevoerde art. 10b, het voorgestelde¹⁵ en weer ingetrokken¹⁶ art. 10, lid 1, onderdeel d juncto art. 10, lid 2 aangaande hybride leningen, het rapport Verbreding en Verlichting van de commissie-Van Rooy, de wetswijziging inzake hybride leningen art. 10, lid 1, onderdeel d, juncto art. 10, lid 2, 3 en 4¹⁷, het in het kader van het nieuwe regime fiscale eenheid ingevoerde art. 15ad, de aanpassingen in de artt. 10, 10a, 13 en 15ad in verband met de per 1 januari 2002 ingevoerde wetgeving betreffende hybride leningen¹⁸ en het naar aanleiding van de al genoemde Bosalprocedure aangepaste art. 13, lid 1 en per 1 januari 2004 ingevoerde art. 10d. Ten slotte wijs ik op de discussie over het stroomlijnen van de renteaftrekbeperkingen en, in het verlengde hiervan, op de wijzigingen die zijn voorgesteld op dit gebied in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'.¹⁹

Alleen al uit deze recente arresten en (voorgestelde) wetswijzigingen blijkt dat de vennootschapsbelasting vele renteaftrekbeperkingen kent, die ervoor zorgen dat rente in bepaalde situaties niet ten laste van het fiscale resultaat mag worden gebracht. Deze aftrekbeperkingen zijn verspreid over diverse wetsartikelen en een aantal beperkingen is onderwerp geweest van juridische procedures. Dit komt het overzicht en de duidelijkheid voor belastingplichtigen natuurlijk niet ten goede. Het aanbrengen van een systeem in deze brij van aftrekbeperkingen is daarom een van de doelstellingen van dit onderzoek. Verder worden de onderscheidenlijke aftrekbeperkingen op verschillende fronten getoetst.

De problematiek van de beperking van renteaftrek vindt zijn oorsprong in het al eerder gesignaleerde verschil in fiscale behandeling van de vergoeding voor eigen vermogen en de vergoeding voor vreemd vermogen. Daarom ga ik in dit onderzoek nader in op (de reden voor) dit verstoringende verschil in behandeling. Daarbij beschouw ik het systeem van de behandeling van vergoedingen voor vermogensverstrekkin-

14. Bij deze wet (Kamerstuk 24 696) zijn onder meer art. 10a en art. 15, lid 4 en 5 (thans art. 15ad) ingevoerd.

15. Zie de Veegwet Wet inkomstenbelasting 2001, Kamerstukken 2000-2001, 27 466.

16. Zie brief staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 9 november 2000, WDB 2000-00826/M.

17. Wet belastingplan 2002-II Economische infrastructuur, Kamerstukken 2001-2002, 28 034.

18. Vervolgwijzigingen in samenhang met de Belastingherziening 2001 (Wet van december 2002, Stb. 2002, 613; Kamerstuk 28 487). Deze wet treedt in werking per 1 januari 2003, deels met terugwerkende kracht tot en met 1 januari 2002.

19. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 39-40 en Wetsvoorstel en MvT (Werken aan winst), TK, 2005-2006, 30 572.

gen. Ook bekijk ik verschillende alternatieven. Hierbij ga ik tevens in op de (on)wenselijkheid van een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen.

1.3.2 *Probleemstelling en toetsingskader*

In dit onderzoek passeren de verschillende renteaftrekbeperkingen de revue, worden deze aftrekbeperkingen gecategoriseerd en wordt de vorm waarin zij zijn gegoten op diverse fronten beoordeeld (zie hierna). Tevens breng ik de motiveringen voor deze beperkingen in kaart en wordt bekeken in hoeverre deze motiveringen voldoende dragend en consistent zijn. Verder bekijk ik hoe de verschillende renteaftrekbeperkingen zich verhouden tot elkaar. Ten slotte beoordeel ik het huidige regime van de fiscale behandeling van de vergoeding van vermogensverstrekkingen. Hierbij ga ik na welke oplossingen er bestaan voor manco's van en alternatieven voor dit huidige stelsel. Deze oplossingen en alternatieven kunnen binnen het nu bestaande stelsel liggen, maar ook daarbuiten.

De bovenstaande onderzoeksdoelen laten zich vertalen in de volgende centrale probleemstelling, die in twee onderdelen uiteenvalt.

1. Welke renteaftrekbeperkingen bestaan er voor de vennootschapsbelasting, hoe is aan deze aftrekbeperkingen vormgegeven en waarom bestaan deze aftrekbeperkingen in hun huidige vorm?
2. Voldoet het huidige systeem van de behandeling van vermogen met de daarin besloten discriminatie van de vergoeding voor eigen vermogen ten opzichte van de vergoeding voor vreemd vermogen en zo nee, welk alternatief bestaat of alternatieven bestaan er voor het huidige regime?

Het eerste onderdeel van de probleemstelling blijft binnen het bestaande stelsel van de Wet Vpb 1969. Het tweede deel van de probleemstelling is in beginsel echter stelsoverstijgend.

Voordat ik inga op de fiscaalrechtelijke implicaties van de onderscheidenlijke renteaftrekbeperkingen, ga ik eerst na wat de macro-economische consequenties zijn van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Dit duid ik aan als de economische toetsing. Deze vindt met name plaats in hoofdstuk 2. In dat hoofdstuk toon ik aan dat de wijze waarop het huidige stelsel is vormgegeven macro-economische verstoringen meebrengt.²⁰ In hoofdstuk 2 besteed ik eveneens beknopt aandacht aan de jaarrekeningtechnische kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen, in het bijzonder in relatie tot IAS 32. Dit kan worden be-

20. Opgemerkt zij dat dit onderscheid tussen de economische toetsing en de fiscaalrechtelijke toetsing enigszins arbitrair is. De toetsingscriteria van de fiscaalrechtelijke toetsing zijn namelijk ook economisch relevant. Vanuit economisch perspectief wordt namelijk gestreefd naar een belastingstelsel dat het meest aantrekkelijk is voor de maatschappelijke welvaart. De economische wetenschap houdt zich immers bezig met de optimale allocatie van schaarse, alternatief aanwendbare middelen. Vanuit het oogpunt van de leesbaarheid onderscheid ik in dit onderzoek evenwel een economische toetsing en een fiscaalrechtelijke toetsing.

schouwd als een meer bedrijfseconomische benadering, hoewel de IAS zijn neergelegd in formele regels.

Om deze probleemstelling verder te beantwoorden acht ik het nodig om de afzonderlijke renteaftrekbeperkingen te toetsen aan de hand van drie criteria:²¹

1. rechtvaardigheid; de aftrekbeperking moet worden gedragen door de rechtvaardigheidsopvattingen van de samenleving. Dit vul ik in als: gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld, de wet bevat geen overkill en pakt niet willekeurig uit voor belastingplichtigen;
2. effectiviteit; de geformuleerde doelstellingen van fiscaal beleid dienen daadwerkelijk te worden gerealiseerd;
3. efficiëntie; de gestelde doelstellingen dienen te worden verwezenlijkt met zo weinig mogelijk uitvoeringskosten.

Bij deze toetsing ga ik onder andere in op de historie en motivering van de desbetreffende renteaftrekbeperking. De toets op de renteaftrekbeperking zelf, duid ik in dit onderzoek aan als de *primaire toets*.

Om tot een evenwichtig stelsel te kunnen concluderen, is het noodzakelijk dat de renteaftrekbeperkingen of eventuele alternatieven slagen voor de primaire toets. Dit is echter niet voldoende. Een bepaalde renteaftrekbeperking of een bepaald alternatief kan bijvoorbeeld ook een uitwerking hebben op andere belastingen of andere bepalingen in de vennootschapsbelasting. Daarnaast kunnen bepaalde regelingen doorwerken naar internationale belastingverdragen. Voorts dient een stelsel in overeenstemming te zijn met het EU-recht. Om tot een welgefundeerde oplossing of afweging te komen voor een evenwichtig stelsel voor de fiscale behandeling van vermogenssoorten, wordt naast de primaire toets daarom (beknopt) bekeken hoe een renteaftrekbeperking of een nader te behandelen alternatief uitwerkt op:

1. de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting;
2. het EU-recht;
3. de dividendbelasting; en
4. de deelnemingsvrijstelling.

Het toetsen van een renteaftrekbeperking op deze vier fronten noem ik de secundaire toets. Deze secundaire toets is dienstbaar aan de primaire toets en dient ter ondersteuning bij de beoordeling van de huidige renteaftrekbeperkingen. Voorts is de secundaire toets van belang bij de beoordeling van een door mij voorgesteld alternatief.

De secundaire toetsing houdt in dat wordt nagegaan of zich ten aanzien van een onderzochte bepaling of voorgestelde oplossing mogelijke problemen voordoen op het gebied van het internationaal recht of op het EU-rechtelijke vlak. Bepalingen dienen immers niet (potentieel) strijdig te zijn met EU-recht en dienen evenmin problemen

21. Ontleend aan Stevens, L.G.M.; Elementair belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 9, die deze criteria hanteert voor een goed belastingstelsel. Vergelijk in dit verband voorts De Haan, P.M., Perik, R.G.M. & Van Schijndel, M.P.; Fiscale actualiteiten nr. 28, Winstdrainage en concernfinanciering, Fed, Deventer, 1997, blz. 101.

op te leveren bij verdragtoepassing. Onderzocht wordt of de huidige renteaftrekbeperkingen en eventuele oplossingen op deze punten neutraal uitwerken. Een belangrijk verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is dat dividendbetalingen in beginsel leiden tot heffing van dividendbelasting, terwijl Nederland geen bronheffing kent op rente. Vanwege dit onderscheid besteed ik eveneens beknopt aandacht aan de dividendbelasting. Ook de deelnemingsvrijstelling is een belangrijk onderwerp bij de beschouwing van de fiscale behandeling van de vergoeding voor eigen vermogen en vreemd vermogen. Uitgaande van de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling staat tegenover het niet aftrekbaar zijn van dividend op het niveau van de uitdelende vennootschap, namelijk een vrijstelling voor de dividenden bij de ontvanger. Ik besteed daarom ook aandacht aan de deelnemingsvrijstelling, vanwege deze belangwekkende uitwerking.

1.4 Onderzoeksopzet en hoofdstukindeling

De problematiek die in dit onderzoek aan de orde komt, vindt zijn oorsprong in het verschil in fiscale behandeling tussen de vergoeding voor eigen vermogen en de vergoeding voor vreemd vermogen. Daarom ga ik in hoofdstuk 2 allereerst in op de achtergrond van dit verschil in behandeling. In datzelfde hoofdstuk besteed ik vervolgens beknopt aandacht aan de civielrechtelijke kwalificatie van vermogen, omdat deze van belang is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie. Daarna ga ik in op het macro-economische onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, enkele jaarverslaggevingstechnische onderwerpen, en bespreek ik het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen deze twee vermogenssoorten. Hierbij besteed ik ook aandacht aan de fiscale kwalificatieproblematiek. Ten slotte worden in hoofdstuk 2 de bestaande renteaftrekbeperkingen gepresenteerd en onderverdeeld in een aantal categorieën. Deze categorisering is noodzakelijk om de behandeling van de diverse aftrekbeperkingen overzichtelijker te maken.

In dit onderzoek onderscheid en bespreek ik de volgende drie categorieën aftrekbeperkingen:

1. jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen;
2. anti-winstdrainagewetgeving; en
3. thin-capitalisationwetgeving.

Bij de presentatie van de diverse renteaftrekbeperkingen besteed ik volledigheidshalve ook kort aandacht aan de algemene kostenaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting. Deze aftrekbeperkingen kunnen immers ook gevolgen hebben voor de renteaftrek.

In de hoofdstukken 3, 4, 5, 6 en 7 staan deze drie categorieën renteaftrekbeperkingen centraal. In hoofdstuk 3, 4 en 5 bespreek ik de eerste categorie. In hoofdstuk 3 wordt een drietal aftrekbeperkingen op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad behandeld, te weten de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. Vervolgens behandel ik in hoofdstuk 4 de per 1 januari 2002 ingevoerde wettelijke bepalingen betreffende hybride leningen. In hoofdstuk 5 vindt de secundaire

toetsing plaats van de behandelde renteaftrekbeperkingen in de hoofdstukken 3 en 4.

De aftrekbeperkingen die centraal staan in hoofdstuk 6, komen voor een belangrijk deel voort uit de Wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur. Deze wet heeft geleid tot de invoering per 1 januari 1997 van een aantal artikelen dat de renteaftrek temporiseert en soms zelfs uitsluit. De secundaire toetsing van deze bepalingen vindt eveneens plaats in hoofdstuk 6.

In hoofdstuk 7 wordt de thin-capitalisationwetgeving behandeld. Deze wetgeving is een van de reacties van de wetgever op de budgettaire strop die het arrest-Bosal meebracht. Dit arrest en de renteaftrekbeperking die in dit arrest in geding was, komen in dit hoofdstuk eveneens aan de orde. Voorts vindt ook in hoofdstuk 7 de secundaire toetsing van de thin-capitalisationwetgeving plaats.

De opbouw van de hoofdstukken 3, 4, 6 en 7 is nagenoeg identiek. Het onderzoek van de desbetreffende aftrekbeperking begint met het nagaan van de motivering en de argumentatie van de wetgever of de Hoge Raad om te komen tot de beperking. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de systematiek van die beperking op grond van de wettelijke regeling, of met de uitleg van de systematiek van die beperking op grond van een arrest (of een serie van arresten). Hierbij komt aan de orde in welke gevallen de renteaftrek wordt geweigerd en op welke wijze zo'n weigering wordt vormgegeven. Daarna onderwerp ik de bepaling aan de primaire en secundaire toets. Voor de hoofdstukken 3 en 4 is de secundaire toets in hoofdstuk 5 opgenomen.

Onlangs heeft de staatssecretaris het wetsvoorstel 'Werken aan winst' gepubliceerd.²² In dit wetsvoorstel is door de staatssecretaris getracht een zekere stroomlijning en een zekere vereenvoudiging aan te brengen in de huidige lappendeken van renteaftrekbeperkende maatregelen. Gelet op de relevantie van dit wetsvoorstel besteed ik in de hoofdstukken 2, 4, 5, 6 en 7 aandacht aan de hierin voorgestelde wijzigingen en ga ik na in hoeverre de momenteel bestaande problemen in dit wetsvoorstel worden opgelost.

Na de toetsing van de diverse renteaftrekbeperkende maatregelen wordt in hoofdstuk 8 het huidige systeem in zijn totaal gezien en beoordeeld. Indien en voor zover noodzakelijk worden in dit hoofdstuk tevens verbeteringen en/of alternatieven voorgesteld en getoetst.

1.5 Afbakening en beperkingen onderzoek

In hoofdstuk 2 ga ik beknopt in op de kwalificatiemethodiek voor eigen vermogen en vreemd vermogen die in het jaarrekeningsrecht wordt gehanteerd. Omdat noch de

22. Zie voorstel van wet, TK, 2005-2006, 30 572 en MvT, TK, 2005-2006, 30 572.

wetgever noch de Hoge Raad vooralsnog in de fiscaliteit (op dit punt) aansluiting zoeken bij het jaarrekeningenrecht, ga ik in dit onderzoek alleen op hoofdlijnen in op de mogelijkheden die het jaarrekeningenrecht op dit punt voor de fiscaliteit eventueel zou kunnen hebben. Voorts valt een internationale rechtsvergelijking buiten het bestek van dit onderzoek.

De renteaftrekbeperkingen die voortkomen uit de algemene beperkingen van kostenaf trek, zoals de niet-zakelijk gefundeerde rente, worden niet behandeld als aparte renteaftrekbeperkingen. Wel worden deze beperkingen globaal behandeld in hoofdstuk 2. De reden voor deze keuze is dat deze bepalingen niet specifiek betrekking hebben op renteaftrek, maar op kostenaf trek in het algemeen. Ook de renteaftrekbeperkingen die voor een groot gedeelte samenhangen met de behandeling van de renteontvangsten in de inkomstenbelasting (HR 8 juli 1986, BNB 1986/295 en HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300 en art. 10b) worden behandeld in hoofdstuk 2. De reden hiervoor is ten eerste dat de voornoemde jurisprudentie al voor een belangrijk deel zijn belang heeft verloren. Ten tweede zullen deze aftrekbeperkingen in concernrelaties veelal geen opgeld doen, terwijl ik mij in dit onderzoek met name richt op financieringsverhoudingen in concernverband.

Zoals uit het onderwerp van deze studie volgt, staat de positie van de rentebetaler centraal in dit onderzoek. De positie van de renteontvanger komt alleen dan aan de orde, indien dit dienstbaar is aan de behandeling van de positie van de rentebetaler. Naast de temporeringsbepaling art. 15ad zijn in de wet op de Vennootschapsbelasting 1969 nog een tweetal andere temporeringsregelingen opgenomen, welke specifiek gelden voor de juridische splitsing en fusie.²³ Vanwege de grote overeenkomsten van deze bepalingen met art. 15ad, ga ik in hoofdstuk 6 slechts nader in op deze laatste bepaling. Art. 14a, lid 8 en 9 en art. 14b, lid 6 en 7 komen slechts beknop aan de orde in hoofdstuk 2.

Voor zover van belang wordt in dit onderzoek de invloed getoetst van de onderscheidelijke renteaftrekbeperkingen op de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Omwille van de omvang van dit onderzoek beperk ik mij hierbij tot het OESO-Modelverdrag. Voorts vormen leenverhoudingen waarbij vaste inrichtingen zijn betrokken geen onderwerp van studie, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven.

De kopy is afgesloten per 3 oktober 2006. Alleen in bijzondere gevallen heb ik met ontwikkelingen nadien rekening gehouden.

23. Het betreft art. 14a, lid 8 en 9 en art. 14b, lid 6 en 7.

HOOFDSTUK 2

Een nadere beschouwing van eigen vermogen en vreemd vermogen

2.1 **Inleiding**

In dit hoofdstuk ga ik nader in op de economische, civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke verschillen tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. In paragraaf 2.2 bespreek ik de achtergrond van de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. De fiscale bevoordeling van vreemd vermogen boven eigen vermogen is namelijk de uiteindelijke oorzaak van de problematiek die in dit onderzoek wordt bestudeerd. In paragraaf 2.3 besteed ik aandacht aan de civielrechtelijke aspecten van (en verschillen tussen) eigen en vreemd vermogen. Uit jurisprudentie (HR 27 januari 1988, BNB 1988/217) volgt namelijk dat de civielrechtelijke vormgeving van een vermogensverstrekking het uitgangspunt vormt voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie. Deze civielrechtelijke kwalificatie wordt, op enkele uitzonderingen na, ook fiscaalrechtelijk gevolgd. Vervolgens ga ik in paragraaf 2.4 in op de economische effecten van de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Hierbij ga ik eerst in de macro-economische gevolgen van deze verstoring. Vervolgens besteed ik aandacht aan het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen in het jaarrekeningenrecht. In paragraaf 2.5 besteed ik beknopt aandacht aan het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. In paragraaf 2.6 passeren vervolgens de bestaande renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting de revue. Dit hoofdstuk sluit ik in paragraaf 2.7 af met een samenvatting en een conclusie.

2.2 **Achtergrond verschil in behandeling**

2.2.1 **Inleiding**

In hoofdstuk 1 gaf ik aan dat het klassieke stelsel twee verstoringen met zich brengt:

1. het stimuleren van interne financiering met eigen vermogen boven externe financiering met eigen vermogen; en

2. het stimuleren van financiering met vreemd vermogen boven financiering met eigen vermogen.¹

De eerste verstoring betekent dat kapitaal lang niet altijd daar wordt ingezet, waar dat het meeste (bruto) rendement oplevert. Deze verstoring komt evenwel niet zozeer voort uit de vennootschapsbelasting, maar uit het feit dat uitgedeelde winsten in de regel zijn belast (met inkomstenbelasting) op het niveau van de dividendontvanger.² Verder wordt schuldfinanciering gestimuleerd door de fiscale discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Deze discriminatie werkt 'ongezonde' verhoudingen tussen eigen vermogen en vreemd vermogen in de hand. Voorts lokt deze discriminatie hybride financieringsvormen en grondslageroderende structuren uit.

Ondanks deze nadelige effecten van de verschillende behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen, heeft de wetgever toch gekozen voor het klassieke stelsel. Deze keuze wordt wel verdedigd aan de hand van de leer van het globale evenwicht.

2.2.2 *Het globale evenwicht*

Als uitgangspunt voor de heffing van vennootschapsbelasting heeft de wetgever gekozen voor een systeem waarin elk lichaam in beginsel een fiscaal zelfstandig belastingsubject is.³ Een dergelijke benadering brengt mee dat de winst van een vennootschap wordt belast, ongeacht de mate van feitelijke en economische zelfstandigheid van de vennootschap ten opzichte van de aandeelhouders. Beursgenoteerde vennootschappen worden in de vennootschapsbelasting namelijk net zo behandeld als vennootschappen met een aandeelhouder.⁴ Hoewel een vennootschap een zelfstandig belastingsubject is, wordt deze zelfstandigheidsgedachte niet volledig doorgetrokken bij de bepaling van de winst. Anders geformuleerd, er is geen sprake van een volledig antropomorfe zienswijze. De winstuitdeling wordt namelijk niet beschouwd als een winstbepalende maar als een winstbestemmende uitgave. De

1. Deze twee verstoringen kunnen elkaar overigens tegenwerken.
2. Voor box 3-situaties, vrijstellingsituaties e.d. is dit evident anders.
3. Vergelijk de Nota inzake de algemene herziening van de belastingwetgeving, brief van 23 juli 1960, paragraaf 6, 'de NV is de verschijningsvorm van een juridisch en economisch zelfstandige onderneming, welke haar bestaan in het maatschappelijke verkeer leidt los (onderstreping JvS) van de persoon van de individuele kapitaalverschaffers', aangehaald in Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.0.2, b. In situaties van bijvoorbeeld een fiscale eenheid wordt overigens van deze benadering afgestapt, in de zin dat er dan belasting wordt geheven alsof er één belastingplichtige is.
4. Deze zelfstandigheidsbenadering, ongeacht de feitelijke zelfstandigheid, is in de literatuur zeker niet zonder kritiek gebleven. Vergelijk bijvoorbeeld Sillevius en De Vries: 'Gesteld zou kunnen worden dat de strikt besloten vennootschap zozeer een verlengstuk vormt van haar individuele aandeelhouder(s) – vaak niet meer dan één persoon – dat voor een zelfstandige heffing van vennootschapsbelasting aldaar geen plaats is.(...) In wezen zou de BV aldus fiscaal transparant worden gemaakt'. Vergelijk in dit verband Verburg, J.; Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer 2000, blz. 5-8.

Nederlandse vennootschapsbelasting balanceert derhalve op twee gedachten.⁵ Enerzijds wordt een vennootschap zelfstandig belast met vennootschapsbelasting, anderzijds wordt deze zelfstandigheid niet zover doorgetrokken dat ook vergoedingen voor eigen vermogen aftrekbaar zijn, vergelijk art. 9 en 10. Uitgekeerde winsten worden daardoor dubbel belast; eerst met vennootschapsbelasting en later met inkomstenbelasting.⁶ Deze dubbele heffing is kenmerkend voor het klassieke stelsel.⁷

De functie van de vennootschapsbelasting in het Nederlandse belastingstelsel hangt nauw samen met de keuze van de wetgever voor het klassieke stelsel, met de daarbij behorende discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Het niet-heffen van vennootschapsbelasting bij vennootschappen zou namelijk betekenen dat de heffing van (inkomsten)belasting over ondernemingswinst eenvoudig kan worden uitgesteld tot in de verre toekomst, door de onderneming in te brengen in een vennootschap.⁸ Anders verwoord, de vennootschapsbelasting is complementair aan de inkomstenbelasting. Deze complementaire functie van de vennootschapsbelasting en de wijze waarop de inkomstenbelasting is vormgegeven, resulteren in voornoemde cumulatie van belastingen.

5. Vergelijk Verburg, J.; Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2000, blz. 6.
6. Hoewel in de vennootschapsbelasting dus in beginsel de zelfstandigheidsgedachte voor een belangrijk deel wordt gevolgd ongeacht de aandeelhouders van de vennootschap, wordt bij de heffing van de inkomstenbelasting expliciet rekening gehouden met de aandeelhoudersstructuur van een vennootschap. Ter illustratie wijs ik op het regime voor aanmerkelijkbelanghouders (a.b.-houders). Ten opzichte van box 1-aandeelhouders wordt voor deze groep aandeelhouders de dubbele heffing aanzienlijk gemitigeerd. De vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting cumuleren voor de a.b.-houder namelijk tot een belastingdruk van 47,2% (29,6% vennootschapsbelasting + 25% inkomstenbelasting). Voor box 1-aandeelhouders is dit maximaal ruim 66,2% (29,6% vennootschapsbelasting plus 52% inkomstenbelasting). Bij de a.b.-houders wordt bij de heffing van inkomstenbelasting derhalve materieel rekening gehouden met de reeds geheven vennootschapsbelasting. Voor box 3-aandeelhouders worden zowel uitgekeerde als niet uitgekeerde winsten in wezen dubbel belast. Wel is het nominale tarief voor particuliere beleggers ten opzichte van de Wet IB 1964 aanzienlijk verlaagd. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat box 3 uitgaat van een forfaitair rendement over het (gemiddelde) vermogen. Dit betekent dat de effectieve druk afhankelijk is van het werkelijk behaalde rendement.
7. Het betreft hier een economische dubbele belastingheffing van dividenden, omdat één object (de winst) wordt belast bij twee verschillende subjecten (de vennootschap en de aandeelhouder). Overigens zijn er auteurs die menen dat er geen sprake is van een dubbele heffing. Zo meent Hofstra dat de vennootschapsbelasting over de vergoeding wegens de terbeschikkingstelling van risicodragend kapitaal wordt afgewenteld op de afnemers. Tevens ziet Hofstra een dividenduitkering door een nv als een inkomensbesteding. Hofstra, H.J.; Algemene belastingherziening, WFR 1962/173. Vergelijk voorts Den Boer P.; Discussienota inzake de zogenaamde economische dubbele heffing, WFR 1970/1027.
8. Dit betekent echter niet, dat ondernemers te allen tijde fiscale belangen laten prevaleren. Veelal is de keuze voor het drijven van de onderneming in de vorm van een rechtspersoon in plaats van in de vorm van een eenmanszaak, niet alleen door fiscale motieven ingegeven maar ook door andere aspecten. Hierbij valt te denken aan het beperken van de aansprakelijkheid en het vereenvoudigen van de overdraagbaarheid van de onderneming.

Sinds de algemene belastingherziening van 1960 verdedigt de wetgever de huidige vorm en functie van de vennootschapsbelasting en – daaraan gekoppeld – het in Nederland bestaande klassieke stelsel met de leer van het globale evenwicht. De gedachte achter dit globale evenwicht is dat de wetgever in fiscale zin indifferent is jegens de gekozen rechtsvorm van een onderneming. De fiscaliteit heeft geen effect op de keuze van de rechtsvorm. Het is vanuit fiscaal oogpunt irrelevant of een onderneming persoonlijk, dan wel in de vorm van een vennootschap wordt gedreven. Er bestaat globaal evenwicht indien de van de particuliere ondernemer geheven inkomstenbelasting gelijk is aan de over de winst⁹ van een vennootschap geheven vennootschapsbelasting plus de inkomstenbelasting over de betaalde directiebeloning plus de inkomstenbelasting over de uitgekeerde dividenden plus de contante waarde van de nog niet geheven inkomstenbelasting over de gereserveerde winsten.

Overigens is de gedachte van het globale evenwicht zeker niet zonder kritiek.¹⁰ Een belangrijk kritiekpunt onder de Wet IB 1964 was dat bv's doorgaans niet of nauwelijks dividend uitkeerden. De voor het globale evenwicht noodzakelijke dubbele heffing op dividenden ontbreekt daardoor, en het globale evenwicht niet wordt bereikt.¹¹ Het is van belang te beseffen dat het louter vergelijken van tarieven niet voldoende is om te bepalen of er al dan niet sprake is van een evenwicht.¹² Zo zal door de (progressief verlopende) schijvenstructuur in de inkomstenbelasting het feitelijke tarief bij de éénmanszaak lager zijn dan het toptarief van 52%, in het bijzonder bij relatief kleine winsten. Daarnaast is het van belang bij dergelijke berekeningen rekening te houden met andere fiscale verschillen, zoals de grondslag. De heffingsgrondslag voor de winstbepaling van een éénmanszaak is namelijk niet gelijk aan de heffingsgrondslag voor de belastingheffing van een vennootschap. Bovendien is de aanmerkelijkbelangclaim een latente claim. Er is dus slechts belasting verschuldigd bij vervreemding van de aandelen, dan wel bij het genieten van een regulier voordeel (dividend). In mijn ogen is het daarom slechts mogelijk een globaal omslagpunt te vinden, waarop het aantrekkelijker wordt om de onderneming als bv voort te zetten. Mijns inziens kan niet tot een globaal evenwicht worden geconcludeerd.

9. Waarop de directiebeloning in aftrek mag worden gebracht.

10. Vergelijk Rensema: *'De conclusie kan in ieder geval zijn dat het globale evenwicht niet bestaat, niet voor individuele ondernemingen en ook niet over de hele lijn. Er is slechts een evenwichtspunt bij een bepaalde grootte van de winst. Dat evenwichtspunt kan slechts globaal berekend worden, maar dat is toch iets heel anders dan een globaal evenwicht'*. Rensema, J.; Fiscale winst en draagkracht van zelfstandigen, Kluwer, Deventer, 1976, blz. 14 en 15. Vergelijk voorts Van Dijk: *'Het globale evenwicht bestaat niet. Het hele systeem gaat ervan uit dat men de BV vorm kiest indien de winst een zekere grens overschrijdt'*, Van Dijk, J.E.A.M.; Deregulering in het belastingrecht, WFR 1983/854.

11. Dit geldt voornamelijk voor relatief kleine bv's met één of enkele dga's. De dga's van deze vennootschappen hebben zelf het dividendbeleid in de hand en zijn niet – net als open beursvennootschappen – praktisch verplicht om dividend uit te keren om de toegang te behouden tot de kapitaalmarkt.

12. Het feit dat de gecombineerde druk van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting voor een dga uitkomt op 47,2% (2006, of 44,125% onder het wetsvoorstel 'Werken aan winst') en globaal overeenkomt met het IB-toptarief van 52%, wil niet zeggen dat er een globaal evenwicht is. In gelijke zin Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; *Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting*, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 0.0.1.e2,e3.

2.3 Enige civielrechtelijke aspecten van eigen en vreemd vermogen

2.3.1 Kapitaal

Vennootschappelijk kapitaal heeft civielrechtelijk de volgende drie hoofdfuncties:¹³

1. het duiden van de verschillende rechten van de aandeelhouders. Deze kunnen worden onderverdeeld in zeggenschapsrechten (bijvoorbeeld stemrecht) en vermogensrechten (dividendrecht en het recht op een liquidatie-uitkering bij de ontbinding van de vennootschap);
2. een middel om het vennootschappelijke doel te bereiken¹⁴; en
3. garantiekapitaal voor crediteuren.¹⁵

In het civiele recht bestaat er voor kapitaalvennootschappen geen uniform kapitaalbegrip. Art. 2:67 BW (NV) en art. 2:178 BW (BV) onderscheiden de volgende vier kapitaalbegrissen:¹⁶

- maatschappelijk kapitaal;
- geplaatst kapitaal;
- gestort kapitaal; en
- minimum kapitaal.

Deze verschillende kapitaalbegrissen houden verband met de verschillende functies die deze begrippen vervullen. Het maatschappelijk kapitaal is het in de statuten vermelde maximum kapitaal, tot welk bedrag de vennootschap aandelen kan uitgeven zonder dat daarvoor een statutenwijziging noodzakelijk is. Dit in de statuten vermelde bedrag is verdeeld in kleinere bedragen, die aandelen vormen. Het geplaatste kapitaal is de optelling van de nominale waarde van het totaal aan uitstaande aandelen. Dit geplaatste kapitaal dient ten minste 20% van het maatschappelijk kapitaal te bedragen. Het geplaatste kapitaal geeft aan voor welk deel een aandeelhouder 'eigenaar' is van de vennootschap.¹⁷ Daarmee vervult het geplaatste kapitaal de functie van het verdelen van de zeggenschap van de aandeelhouders. Het gestorte kapitaal geeft aan voor welk deel van het geplaatste kapitaal de aandeelhouders daadwerkelijk hebben voldaan aan hun stortingsverplichting. De aandeelhouder is wettelijk verplicht ten minste 25% van de nominale waarde van de aandelen vol te storten. Bij het nemen van een aandeel kan een aandeelhouder dus met de vennootschap overeenkomen dat hij niet per direct het gehele nominale bedrag van het aan-

13. Zie Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer 1994, blz. 23 en ook Sillevius L.W., De Vries N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.0.6.B,b.

14. Vergelijk in dit verband art. 2:74/185, lid 1, BW.

15. Hierbij zij opgemerkt dat bij een faillissement de concurrente schuldeisers niet zelden het nakijken hebben, vanwege de bevoorrechte positie van de fiscus, het UWV en schuldeisers (banken) die bijvoorbeeld hypothecaire zekerheden hebben.

16. Voor een uitgebreide behandeling van de civielrechtelijke kapitaalbegrissen verwijs ik naar Van Schilfgaarde, P.; (bewerkt door Winter, J.) Van de NV en de BV, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 51-93.

17. Hierbij abstraheer ik van bijzondere aandelen zoals soort aandelen en prioriteits aandelen.

deel hoeft te storten.¹⁸ Wel kan de vennootschap het niet-gestorte gedeelte opvragen van de aandeelhouders. Het niet-gestorte deel van het kapitaal wordt daarom ook tot het eigen vermogen gerekend. Het laatste kapitaalebegrip uit het civiele recht is het minimumkapitaal. Het minimumkapitaal is de bij koninklijk besluit vastgestelde minimale omvang van het maatschappelijke, geplaatste en gestorte kapitaal. Voor een nv bedraagt deze minimale omvang € 45.000, voor een bv is deze minimale omvang bepaald op € 18.000.¹⁹ Wanneer niet wordt voldaan aan deze minimumkapitaaleis, geeft het ministerie van justitie niet de benodigde verklaring van geen bezwaar af bij de oprichting van de vennootschap en komt de vennootschap niet (rechtsgeldig) tot stand.²⁰

2.3.2 De lening

De civielrechtelijke aspecten van de lening zijn geregeld in Boek 7A, titel 14 van het BW. Een geldlening is een voorbeeld van een verbruiklening.²¹ De geldlening wordt in art. 7A:1793 BW omschreven als: *'De schuld, uit leening van geld voortspuitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt'*. Op grond van art. 7A:1796 BW kan de geldsom slechts worden teruggeëist na het verstrijken van de overeengekomen looptijd. Bij een direct opeisbare lening kan de rechter de schuldenaar enig uitstel geven bij de aflossing, afhankelijk van de omstandigheden.²² Ten slotte is in art. 7A:1804 BW bepaald dat de hoogte van de te betalen rente schriftelijk moet zijn bepaald in de leenovereenkomst.

2.3.3 Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

Voor het fiscale recht is het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen van eminent belang. Vreemd vermogen en eigen vermogen worden namelijk verschillend behandeld. Ook in het civiele recht is het belangrijk verschafters van eigen vermogen en verschafters van vreemd vermogen te onderscheiden. Aan een vordering op een vennootschap zijn namelijk andere rechten verbonden dan aan een aandeel in een vennootschap. Eigen vermogen onderscheidt zich in beginsel van vreemd vermogen op de volgende vier punten:

1. eigendom en zeggenschap;
2. tijdsduur vermogensoverdracht;
3. vergoeding; en
4. risico voor het ter beschikking gestelde vermogen.

18. Aandelen aan toonder dienen evenwel in beginsel volledig te worden volgestort, zie art. 2:82, lid 3, BW.

19. Vergelijk art. 2:67, lid 2, BW en art. 2:178, lid 2, BW.

20. Zie art. 2:68/179, lid 2, BW.

21. Art. 7A:1791 omschrijft een verbruiklening als volgt: *'Verbruikleening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid teruggeve'*.

22. Zie art. 7A:1797 BW.

Ad 1: Eigendom en zeggenschap

Een aandeel in een vennootschap representeert in wezen de eigendom van een (on-deelbaar) stuk van de onderneming en/of de bezittingen van de vennootschap. Daarentegen wordt de verstrekker van een schuldvordering geen eigenaar van de vennootschap. Door dit verschil zijn aan een aandeel andere rechten verbonden dan aan een vordering. Hierbij valt onder meer te denken aan de zeggenschap over het bestuur en de leiding van de onderneming²³, statutenwijziging en ontbinding. De verstrekker van vreemd vermogen heeft dergelijke zeggenschap (in beginsel) niet.²⁴

Ad 2: Tijdsduur vermogensoverdracht

Het tweede verschil tussen eigen en vreemd vermogen is de termijn van het ter beschikking stellen van het vermogen. Bij eigen vermogen heeft de vermogensoverdracht veelal een permanent karakter en is geen sprake van een terugbetalingsverplichting van het ter beschikking gestelde vermogen. Bij vreemd vermogen verplicht de vennootschap zich daarentegen het geleende in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid op een bepaalde tijd terug te geven.²⁵ Bij vreemd vermogen vindt in tegenstelling tot eigen vermogen in beginsel dus wel een terugbetaling plaats. Wanneer de terugbetaling plaatsvindt, is afhankelijk van wat de partijen met elkaar zijn overeengekomen. Ook de aflossingsstructuur is afhankelijk van de wil van beide partijen. Er kan sprake zijn van een terugbetaling ineens op een vooraf vastgesteld tijdstip. Dit is de zogeheten bulletlening. Omdat de financieringsbehoefte van een vennootschap doorgaans niet zo abrupt eindigt, bestaan er ook meer geleidelijke aflossingsstructuren. Hierbij valt te denken aan de aflossing in termijnen en de aflossing via annuïteiten. Ook is het mogelijk dat crediteur en debiteur afspreken dat de debiteur vroegtijdig mag aflossen. Verder bestaan er ook leningen met een heel lange looptijd: de perpetuele leningen. Hoewel de naam anders doet vermoeden, is het niet zo dat perpetuele leningen nooit worden afgelost. Het betekent slechts dat zo'n lening geen bepaalde looptijd heeft en slechts opeisbaar is in bepaalde situaties, zoals de liquidatie van de schuldenaar. Onder perpetuele leningen worden ook wel leningen met een heel lange looptijd begrepen, bijvoorbeeld een looptijd van honderd jaar. Ten slotte valt te denken aan een rekening-courantverhouding. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een vennootschap bij een groepsvennootschap bedragen kan opnemen tot een bepaald maximumbedrag en indien gewenst weer kan aflossen.

Ad 3: Vergoeding

Een volgend verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is de vergoeding die wordt ontvangen voor de ter beschikkingstelling ervan. Verschaffers van eigen

23. De Algemene Vergadering van Aandeelhouders (verder AVA) heeft overigens geen directe zeggenschap op een terrein dat is voorbehouden aan het bestuur of aan andere organen; Forum Bank arrest, HR 21 januari 1955, NJ 1959/43.

24. Overigens ontbreekt het de reguliere particuliere aandeelhouder van een beursgenoteerde onderneming in de regel aan feitelijk materiële zeggenschap. Deze verschaffer van eigen vermogen kan eerder worden gezien als belegger dan als eigenaar. Op het gebied van de zeggenschap bestaat er dan nog wel formeel een verschil met een belegger die vreemd vermogen verschaft, maar materieel bestaat er tussen deze twee beleggers nauwelijks verschil.

25. Zie art. 7A:1800 BW.

vermogen ontvangen hun beloning in de vorm van dividend, terwijl verschaffers van vreemd vermogen een rentevergoeding ontvangen. Dividend kan in twee vormen worden uitgekeerd, in de vorm van contanten (cashdividend) en in de vorm van aandelen (stockdividend). Een combinatie van beide is natuurlijk ook mogelijk. De hoogte van het dividend is afhankelijk van het resultaat dat door de vennootschap is behaald in een bepaalde periode. Bij tegenvallende resultaten kan de leiding van de vennootschap aan de aandeelhouders voorstellen om af te zien van dividend. Dividend mag ook niet te allen tijden worden uitgekeerd. Een vennootschap mag alleen winst uitkeren, indien en voor zover haar eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal, vermeerderd met de reserves die moeten worden aangehouden krachtens de wet of de statuten.²⁶ Om redenen van inkomstenbelastingtechnische aard zien directeuren-grotaandeelhouders soms ook af van dividend, terwijl daar geen aanleiding toe is op grond van het behaalde resultaat.

De interestvergoeding die de verschaffers van vreemd vermogen ontvangen, bedraagt veelal een vast, vooraf overeengekomen percentage van de nominale hoofdsom van de lening. Deze is verschuldigd op een vooraf overeengekomen tijdstip (maandelijks, per kwartaal of (half)jaarlijks) en is daarmee in beginsel onafhankelijk van de winst. Het interestpercentage kan bijvoorbeeld ook worden gekoppeld aan ontwikkelingen van de marktrente (vergelijk LIBOR of EURIBOR). Partijen kunnen ook afspreken dat de interestvergoeding (deels) afhankelijk is van de winst van de debiteur. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om af te spreken dat (een deel van) de vergoeding bestaat uit een recht om de vordering (al dan niet met bijbetaling of terugbetaling) na of binnen een bepaalde periode om te wisselen in aandelen, zoals bij de converteerbare obligatielening. Bij deze leningen neemt de crediteur doorgaans genoegen met een lager rentepercentage, in ruil voor het recht op termijn aandelen te verkrijgen.

Ad 4: Risico voor het ter beschikking gestelde vermogen

Eigen vermogen wordt wel aangeduid als risicodragend/ondernemend vermogen. Naast risico ten aanzien van de vergoeding bestaat er een risico ten aanzien van de terugbetaling. Bij een faillissement worden namelijk eerst de verschaffers van vreemd vermogen terugbetaald, in wettelijke volgorde van hun preferentie.²⁷ Pas nadat de schuldeisers volledig zijn voldaan, komt uitkering aan de aandeelhouders aan de orde. In geval van een overschot bij liquidatie is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen ook van belang. Dit overschot komt namelijk toe aan de aandeelhouders en niet aan de verschaffers van vreemd vermogen.²⁸ Crediteuren hebben in de regel namelijk slechts recht op de terugbetaling van de door hen uitgeleende hoofdsom (inclusief rente). Het verschil in risico wordt ook geïllustreerd door het feit dat de verschaffers van vreemd vermogen de mogelijkheid hebben om bij de ver-

26. Zie art. 2:105/216 BW.

27. Ook verschaffers van vreemd (niet-ondernemend) vermogen lopen overigens (enig) risico, aangezien het denkbaar is dat er bij een faillissement onvoldoende baten zijn om alle schuldeisers (volledig) terug te betalen.

28. Overigens zijn niet altijd alle aandeelhouders gerechtigd tot het liquidatieoverschot.

mogensverschaffing zekerheid te eisen, zoals een pandrecht en een hypotheekrecht.²⁹ Indien de vennootschap zijn verplichtingen niet nakomt, kan de crediteur deze zekerheden effectueren. Het karakter van eigen vermogen brengt met zich dat verschaffers van eigen vermogen dergelijke zekerheden niet kunnen stellen.

2.3.4 Kwalificatie

In de vorige paragraaf ben ik beknopt ingegaan op de punten waarop eigen vermogen en vreemd vermogen van elkaar afwijken. Op het eerste gezicht lijkt het daarom eenvoudig deze vermogenssoorten te onderscheiden. Dit onderscheid is echter niet altijd even eenvoudig te maken. Vennootschappen kunnen namelijk gebruikmaken van hybride financieringsvormen. Dit zijn financieringsvormen met zowel eigenschappen van eigen vermogen als van vreemd vermogen.³⁰ Zonder volledigheid te pretenderen wijs ik op de volgende voorbeelden van hybride financieringsvormen:

1. converteerbare obligatielening en warrantlening; en
2. winstdelende/achtergestelde/langlopende obligatielening.

Ad 1: converteerbare obligatielening en warrantlening

De vaste rente die wordt vergoed op een converteerbare obligatielening en een warrantlening, is veelal lager dan de rente die wordt vergoed op een vergelijkbare obligatielening zonder conversierecht of warrant. Het conversierecht of de warrant vormt derhalve economisch gezien een vergoeding. Een warrant is een waardepapier dat het recht geeft om gedurende een bepaalde periode één of meer nieuw uit te geven aandelen (of obligaties) van een vennootschap te kopen, tegen een vooraf vastgestelde prijs.³¹ Door een warrant aan een lening toe te voegen, krijgt een lening een hybride karakter. Immers, naast een (relatief lage) periodieke rente ontvangt de warrantobligatiehouder met de warrant een beloning voor het ter beschikking stellen van zijn geld, die afhangt van de ontwikkeling van de koers van het aandeel. De waardeontwikkeling van het aandeel hangt – in ieder geval in een perfecte vermogensmarkt – (mede) samen met de ontwikkeling van het bedrijfsresultaat. Voor een converteerbare obligatielening geldt mutatis mutandis hetzelfde, met dien verstande dat het conversierecht bij een converteerbare obligatielening onlosmakelijk is verbonden met de lening. Het recht is niet afzonderlijk verhandelbaar. Een obligatielening kan na of binnen een bepaalde periode (de conversieperiode) worden inge-

29. Hierbij dient de crediteur wel de belangen van de medecrediteuren in het oog te houden. (HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 en HR 20 maart 1959, NJ 1959/581 Erba-arresten).

30. Onder een hybride financieringsvorm kan ook worden verstaan, een vermogensverstrekking die door een van de contractpartijen als eigen vermogen en door de ander partij als vreemd vermogen wordt beschouwd. Dit verschil in kwalificatie wordt voornamelijk veroorzaakt door internationale kwalificatieverschillen (bijvoorbeeld door een situatie waarin een bronstaat maatregelen ter bestrijding van thin capitalisation heeft getroffen), zie ook Michielse G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 29.

31. Van Aalst, P.C., Van den Bergh, W.M., Hallerbach, W.G.P.M., Van der Meulen, J., Pelsser, A.A.J., De Roon, F.A., Van der Sar, N.L., Schauten, M.B.J., Schuit, J.W.R., Smink, M., Smit, J.T.J., Soppe, A.B.M., Spronk, J., Steenbeek, O.W. & Vorst A.C.F.; Financiering en Belegging deel 1, Rhoeobeta Consultants, Schiedam, 1997, blz. 37.

wisseld voor aandelen in de emitterende vennootschap tegen een van tevoren vastgestelde ruilverhouding, eventueel met een verrekening in contanten.³²

Ad 2: Winstdelende/achtergestelde/langlopende obligatielening

Een verschil tussen eigen en vreemd vermogen is de wijze van beloning. Er zijn echter hybride financieringsstructuren die civielrechtelijk kwalificeren als een lening, maar waarvan de beloning (deels) afhankelijk is van de winst van de debiteur. De houder van zo'n obligatie ontvangt dan, naast een vaste rente, een (veelal gemaximeerde) beloning die afhankelijk is van de winst of van het op aandelen uitgekeerde dividend. Een ander verschil tussen de verschaffer van eigen vermogen en de verschaffer van vreemd vermogen is de positie bij een faillissement. In zo'n situatie gaat de verschaffer van vreemd vermogen boven de verschaffer van eigen vermogen. Voorts zijn – behoudens crediteuren met bijzondere rechten zoals de fiscus en hypotheek- of pandhouders – alle schuldeisers gelijk (concurrent). Debiteur en crediteur kunnen echter overeenkomen dat in geval van een faillissement een bepaalde schuld pas wordt terugbetaald, nadat alle andere schuldeisers zijn voldaan. Deze achterstelling kan zowel betrekking hebben op de hoofdsom, als op de nog niet betaalde rente. Een achtergestelde lening fungeert daardoor als een buffer voor de andere verschaffers van vreemd vermogen. Tegenover het hogere risico dat een vermogensverschaffer met een achtergestelde lening loopt, staat doorgaans overigens wel een hogere rentevergoeding.

In de fiscaliteit is de kwalificatie van dergelijke financieringsvormen van belang vanwege de grote verschillen in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. In dit verband wijs ik op art. 10b inzake converteerbare obligatieleningen en warrantleningen (zie paragraaf 2.6) en art. 10, lid 1, onderdeel d inzake leningen met (onder meer) een winstafhankelijke vergoeding (zie hoofdstuk 4).

2.4 Economische aspecten van het fiscale verschil tussen eigen en vreemd vermogen

2.4.1 Inleiding

Het onderscheid in de fiscaliteit tussen eigen vermogen en vreemd vermogen staat in dit onderzoek centraal. Ook voor andere onderzoeksgebieden is dit verschil in behandeling relevant. Zo leidt het onderscheid dat wordt gemaakt tussen eigen vermogen en vreemd vermogen tot macro-economische verstoringen. Ik behandel deze problematiek in paragraaf 2.4.2. Het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is daarnaast ook van belang in andere, aanpalende onderzoeksgebieden. Hierbij wordt veelal een eigen, van het fiscale recht afwijkend begrippenkader gehanteerd, omdat dat beter aansluit bij het onderwerp van onderzoek. Een voorbeeld

32. Er zijn ook varianten waarin conversieplicht is opgenomen en voorts is het mogelijk overeen te komen dat de emittent het recht heeft om tot conversie over te gaan. Daarnaast is denkbaar dat de conversie niet plaatsvindt in eigen aandelen van de emittent, maar in aandelen van een andere concernvennootschap. Dit zijn de zogeheten exchangeable obligatieleningen.

hiervan is het civiele recht, vergelijk paragraaf 2.3. De begrippen eigen vermogen en vreemd vermogen zijn ook relevant voor de jaarverslaggeving van vennootschappen. De invulling van deze begrippen sluit aan bij de doelstellingen van jaarverslaggeving. Dit zijn kort samengevat het inzicht bieden in de vermogenspositie van een vennootschap en het kunnen vergelijken van deze vermogenspositie met die van andere vennootschappen. In paragraaf 2.4.3 ga ik in op de invulling van de begrippen eigen vermogen en vreemd vermogen volgens het jaarrekeningenrecht teneinde te beoordelen of dit onderscheid ook in fiscaal opzicht betekenis heeft of zou kunnen of moeten hebben.³³

2.4.2 Macro-economische verstoringen

2.4.2.1 Verstoringen van de vennootschapsbelasting

Een van de redenen voor het bestaan van de vennootschapsbelasting is het bewaren van het globale evenwicht, vergelijk paragraaf 2.2.2. Anders geformuleerd, de vennootschapsbelasting beoogt neutraliteit te bewerkstelligen in de ondernemingsvorm. De Mooij wijst er op dat de vennootschapsbelasting in een aantal andere dimensies niet neutraal uitwerkt en dat dit fiscaal gedreven gedragsveranderingen uitlokt.³⁴ De Mooij onderscheidt de volgende verstoringen:

1. verstoring van de financieringsbeslissing;
2. internationale arbitrage in de financieringsstructuur;
3. verstoring van de investeringen;
4. verstoring van de locatiekeuze; en
5. internationale arbitrage bij het vaststellen van interne verrekenprijzen.³⁵

33. Ik neem dit onderwerp op in een paragraaf over de economische aspecten van eigen vermogen en vreemd vermogen, hoewel het jaarrekeningenrecht een civielrechtelijk component kent – vergelijk art. 2:101 BW en art. 2:210 BW. De reden hiervoor is dat de bedrijfseconomie als uitgangspunt geldt voor het jaarrekeningenrecht en dat dit (deels) wettelijk is vastgelegd in wettelijke regels. Ter illustratie wijs ik op de in RJ 290.201 verwoorde hoofdregel, dat de economische realiteit prevaleert boven de juridische vorm bij de classificatie van eigen en vreemd vermogen, althans voor de geconsolideerde balans. Böhmer, S., Hoogendoorn, M.N., De Kam, F. & Krens, F., Handboek Jaarrekening 2004, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 665. Vergelijk in dit verband IAS 32.15 en 32.18. Voor de enkelvoudige balans sluit de RJ in beginsel aan bij de juridische vormgeving RJ 240.207-209.

34. Vergelijk De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003, blz. 10.

35. Vergelijk De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003, blz. 11-20.

Voor dit onderzoek is met name de eerste verstoring relevant, de verstoring tussen financiering met eigen vermogen en de financiering met vreemd vermogen. Op deze verstoring ga ik hierna nader in.³⁶

2.4.2.2 Gevolgen verstoring financieringsbeslissing

Verstoringsen

Het huidige stelsel brengt de volgende twee economische verstoringen mee ten aanzien van de financieringsbeslissing:

- het stimuleren van interne financiering met eigen vermogen boven externe financiering met eigen vermogen; en
- het stimuleren van financiering met vreemd vermogen boven financiering met eigen vermogen (zie hierna in paragraaf 2.4.2.3).³⁷

Indien de verschaffers van vreemd vermogen en eigen vermogen gelijk worden belast (vergelijk box 3), is onder het klassieke stelsel voor een vennootschap financiering met eigen vermogen fiscaal minder aantrekkelijk dan financiering met vreemd vermogen. Dividend kan immers niet in aftrek worden gebracht op de winst, terwijl rente in beginsel wel aftrekbaar is. Indien de rendementseis ná belasting voor eigen vermogen gelijk is aan de rendementseis ná belasting voor vreemd vermogen, dan is de rendementseis vóór belasting van eigen vermogen hoger dan de rendementseis vóór belasting van vreemd vermogen. Een vennootschap wordt derhalve fiscaal gestimuleerd om investeringen met vreemd vermogen te financieren in plaats van met eigen vermogen. Deze stimulans kan economisch ongewenste effecten hebben, die niet slechts zijn beperkt tot arbitrage. Het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen kan ook allocatieve verstoringen meebrengen, ervan uitgaande dat het Modigliani-Miller theorema niet opgaat.³⁸ Zo maakt een hoge schuldenlast vennootschappen gevoelig voor (vijandige) overnames.³⁹ Naarmate een vennootschap meer is gefinancierd met vreemd vermogen, is deze ook kwetsbaarder in economisch tegenweer. Over vreemd vermogen moet immers in beginsel een periodieke vergoeding worden betaald en vreemd vermogen moet worden afgelost. Naarmate er relatief veel vreemd vermogen is, zal het moeilijker worden voor

36. Een behandeling van de overige verstoringen valt buiten het bestek van deze studie. Ik verwijs hiervoor naar De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003, blz. 11-20 en de daarin aangehaalde literatuur.

37. Vergelijk Cnossen, S. in; Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal- economische aspecten van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 52-55.

38. De Mooij wijst er op dat in de praktijk vreemd vermogen en eigen vermogen geen perfecte substituten zijn. Vergelijk in dit verband De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003, blz. 11. Het Modigliani-Miller theorema houdt in dat ondernemingen indifferent zijn tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen, Modigliani, F. & Miller, M.H.; The cost of capital, corporate finance, and the theory of investment, American Economic Review, Vol. 48, nr. 3 (jun., 1958), blz. 261-297.

39. De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003, blz. 11. Overigens wijst de praktijk uit, dat schuldfinanciering daarentegen ook een wapen kan zijn tegen overnames.

een vennootschap om aan haar verplichtingen te voldoen bij tegenvallende bedrijfsresultaten. Bovendien zal het bij een relatief hoog percentage vreemd vermogen moeilijker zijn om extra buffervermogen aan te trekken.

Schuldfinanciering is overigens niet per definitie slecht.⁴⁰ Financiering met vreemd vermogen kan zelfs een zeer positieve uitwerking hebben op de totale rentabiliteit van een vennootschap. Dit wordt veroorzaakt door het zogeheten hefboomeffect. In de positieve variant van het hefboomeffect is de rentabiliteit van het eigen vermogen (REV)⁴¹ groter dan de rentabiliteit van het totale vermogen. Hieraan ligt het feit ten grondslag dat de interestkosten voor het vreemd vermogen (IVV)⁴² lager zijn dan de rentabiliteit van het totale vermogen (RTV).⁴³ Het hefboomeffect kan worden beschreven met de volgende formule⁴⁴:

$$REV = RTV + (RTV - IVV) * VV/EV$$

Uit deze formule blijkt dat naarmate een vennootschap meer is gefinancierd met vreemd vermogen, de werking van het hefboomeffect sterker is.⁴⁵ Door meer vreemd vermogen aan te trekken en dit te investeren in de onderneming van de vennootschap, stijgt het rendement van de verschaffers van eigen vermogen door de hefboomwerking. Indien echter de RTV daalt tot een niveau onder de IVV, dan werkt de hefboom precies omgekeerd en daalt de REV. Naarmate een vennootschap is gefinancierd met meer vreemd vermogen, zal dit effect sterker zijn. In extreme gevallen kan een negatieve werking van het hefboomeffect grote verliezen voor de vennootschap betekenen.

Welvaartsverlies

De vraag rijst of het nadelig is voor de (Nederlandse) economie dat schuldfinanciering wordt bevoordeeld boven financiering met eigen vermogen. Hoewel arbitrage in beginsel niet leidt tot allocatieve verstoringen, is het antwoord op deze vraag toch positief nu het Modigliani-Miller theorema niet opgaat.⁴⁶ In de economie gaat het immers om de optimale allocatie van schaarse, alternatief aanwendbare middelen. Deze optimale allocatie geschiedt via het principe van marktwerking. Indien deze marktwerking wordt verstoord door belastingen, dan ondervindt ook de optimale

40. Van belang is dat er geen sprake is van excessieve schuldfinanciering. De vraag wanneer hiervan sprake is, laat ik buiten beschouwing.

41. $REV = (\text{nettowinst} / \text{gemiddeld eigen vermogen}) * 100\%$.

42. $IVV = (\text{interestkosten vreemd vermogen} / \text{gemiddeld vreemd vermogen}) * 100\%$.

43. $RTV = [(\text{nettowinst} + \text{interestkosten vreemd vermogen}) / \text{gemiddeld totaal vermogen}] * 100\%$.

44. In deze formule is geen rekening gehouden met belastingen. Voor een formule van het hefboomeffect waarin rekening wordt gehouden met vennootschapsbelasting zie Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 16-17. Overigens verandert de invoering van belasting in de formule niets aan het principe.

45. Overigens zal het geëiste rendement op vreemd vermogen normaliter stijgen naarmate de verhouding VV:EV stijgt. Hierdoor wordt het hefboomeffect minder positief of sterker negatief.

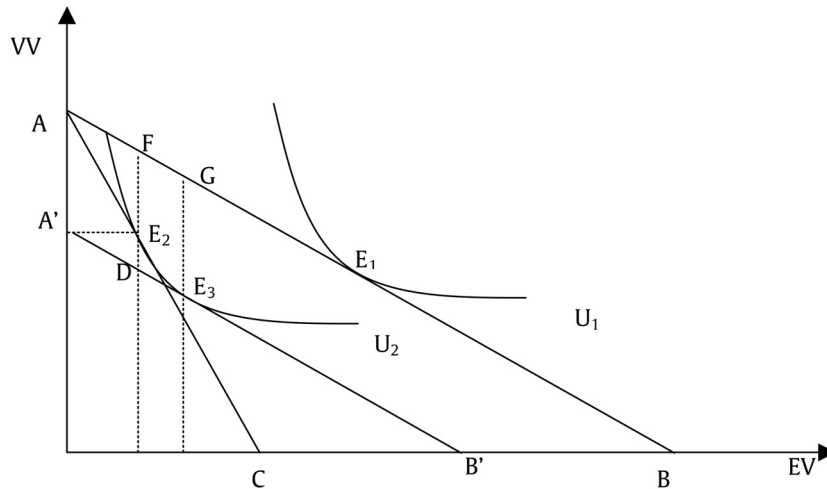
46. Vergelijk De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003, blz. 10.

allocatie van schaarse, alternatief aanwendbare middelen (lees: vermogen) daar invloed van.

Belastingheffing beïnvloedt of verstoort economische beslissingen en veroorzaakt een welvaartsverlies, dat het bedrag overstijgt dat aan belasting wordt opgehaald. In de literatuur wordt dit welvaartverlies ook wel aangeduid als excess burden, welfare cost of deadweight loss.⁴⁷ Deze kosten komen voort uit fiscaal gedreven gedragsveranderingen.⁴⁸ Deze verstoring komt naar voren in het volgende voorbeeld.⁴⁹

De lijn AB stelt een financieringsbeslissingslijn (budgetlijn) van een vennootschap voor. Deze lijn geeft alle denkbare combinaties weer van eigen vermogen en vreemd vermogen die samen het beschikbare vermogen voor die vennootschap weergeven. Elk punt op deze lijn staat dus voor het beschikbare vermogen waarbij er een bepaalde verhouding bestaat tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. De x-as staat voor financiering met eigen vermogen en de y-as staat voor financiering met vreemd vermogen. In punt A wordt een investering geheel met vreemd vermogen gefinancierd en in punt B wordt een investering geheel met eigen vermogen gefinancierd. U1 geeft de indifferentiecurve van de vennootschap weer. E1 is het evenwicht in deze situatie. Op enig moment wordt eigen vermogen zwaarder belast dan vreemd vermogen. Er wordt een percentage belasting (b_{EV}) geheven op eigen vermogen, zodat de prijs voor eigen vermogen (P_{EV}) wordt $(1 + b_{EV}) \cdot P_{EV}$. Met andere woorden, de prijs van eigen vermogen stijgt. Dit betekent dat de (budget)lijn AB om punt A draait, tot punt C. De richtingscoëfficiënt van de financieringsbeslissingslijn wijzigt namelijk van $-P_{EV}/P_{VV}$ in $-(1 + b_{EV})P_{EV}/P_{VV}$. Na de invoering van deze belasting op eigen vermogen ontstaat het nieuwe evenwicht E_2 . In dit evenwicht gebruikt de vennootschap meer vreemd vermogen en minder eigen vermogen dan in E_1 . Hierbij zit de vennootschap op een lagere indifferentiecurve, te weten U_2 . De belasting die de vennootschap betaalt, valt – bij een gegeven financiering met eigen vermogen – af te lezen als het verticale verschil tussen de lijn AB en de lijn AC. In de evenwichtssituatie bedraagt de belasting derhalve het lijnstuk E_2F .

47. Overigens brengt niet elke belasting een excess burden met zich. Hierbij valt te denken aan een lump-sumbelasting. Ondanks het ontbreken van een welvaartverlies bij lump-sumbelastingen, zijn dergelijke belastingen geen gemeengoed, aangezien een lump-sumbelasting in veel situaties niet wordt gezien als rechtvaardig. Iedere belastingplichtige betaalt dan immers een gelijk bedrag zodat van een nivellerend effect, zoals in de progressieve inkomstenbelasting (in combinatie met de loonbelasting), geen sprake is, vergelijk Rosen, H.S.; *Public Finance*, Richard, D. Irwin Inc., Homewood (Ill.), 1992, blz. 310.
48. Vergelijk De Mooij, R.A.; *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Rotterdam, 2003, blz. 10.
49. Voor een nadere behandeling van de effecten op belastingheffing op efficiency, en een uitleg en de uitgangspunten van (de bepaling van) een excess burden verwijs ik naar Rosen, H.S.; *Public Finance*, Richard, D. Irwin Inc., Homewood (Ill.), 1992, hoofdstuk 14 en Musgrave, R.A. & Musgrave, P.B.; *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1989, hoofdstuk 14 en 15.



Figuur 1: Grafische voorstelling deadweight loss

Het is logisch dat de vennootschap op een lagere nutscurve zit na de invoering van de belasting op eigen vermogen. De vennootschap gaat er immers op achteruit. Ook bij andere belastingen (die de vennootschap zou hebben getroffen) zou dit het geval zijn geweest. Het is echter de vraag of dit nutsverlies minimaal is, gegeven de belasting E_2F die moet worden opgehaald, of dat er een manier is om ten minste evenveel belasting op te halen met minder economische verstoring. Om dit te bepalen, is het van belang vast te stellen wat het de vennootschap 'kost' om van U_1 te worden verdrongen naar U_2 . Grafisch kan dit worden weergegeven door het tekenen van een equivalent variation (verlies in welvaart). Deze lijn toont hoeveel van het investeringsbudget men zou moeten ontnemen van de vennootschap, om de vennootschap op U_2 te laten eindigen. Op deze wijze wordt het evenwicht E_3 behaald. In dit voorbeeld wordt de equivalent variation weergegeven door het lijnstuk E_3G . In bovenstaande figuur is de equivalent variation E_3G groter dan de oorspronkelijke belastingopbrengst E_2F . Het welvaartsverlies van de belasting op eigen vermogen (E_2D) is precies het verschil tussen E_3G en E_2F .

Indien in het bovenstaande voorbeeld eigen vermogen en vreemd vermogen gelijk additioneel zouden worden belast, zou dit betekenen dat de budgetlijn van de onderneming zou verschuiven van AB naar $A'B'$. Het evenwichtspunt zou dan E_3 zijn, waarbij meer belasting wordt opgehaald dan bij een heffing over alleen eigen vermogen. Dit betekent dat niet $A'B'$ de nieuwe budgetlijn voor de vennootschap zou moeten worden, maar een (evenwijdige lijn) tussen AB en $A'B'$. Dit betekent dat een hogere indifferentiecurve dan U_2 kan worden behaald, terwijl eenzelfde bedrag aan belasting wordt betaald als in de uitgangssituatie.

De uitkomst van dit voorbeeld waarin welvaartsverlies optreedt bij het zwaarder belasten van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen, komt niet 'toevallig' voort uit het op een bepaalde manier tekenen van de indifferentiecurves. Aange-

toond kan worden dat – mits indifferentiecurves een normaal (dat is een convex) verloop hebben – de invoering van een belasting die de relatieve prijs (in dit geval de prijs van eigen vermogen ten opzichte van de prijs van vreemd vermogen) beïnvloedt, een excess burden veroorzaakt.⁵⁰ Een belasting die de relatieve prijs van (kapitaal)goederen verandert, is daarom inefficiënt om een bepaald bedrag aan belasting te innen, aangezien de invoering een welvaartsverlies meebrengt dat groter is dan strikt noodzakelijk.

2.4.2.3 Verstoring uitdelingsbeslissing

In een situatie waarin uitgedeelde winst zwaarder wordt belast dan door een vennootschap gereserveerde winst, wordt winstinhouding fiscaal gestimuleerd. Onder de huidige inkomstenbelasting zijn alleen box 3-aandeelhouders vanuit fiscaal oogpunt indifferent jegens de uitdelingsbeslissing.⁵¹ Voor alle andere aandeelhouders (in de IB-sfeer) bestaat er een fiscale stimulans tot het inhouden van de winsten. Na 1997 is deze fiscale stimulans voor aanmerkelijkbelanghouders overigens wel aanzienlijk gemitigeerd, maar zeker nog niet verdwenen.⁵²

Het stimuleren van winstinhouding betekent een verstoring van de kapitaalmarkt, aangezien het kapitaal niet per definitie daar wordt ingezet waar de beloningsvoet vóór belasting het hoogst is. Er wordt door investeerders namelijk gekeken naar de beloningsvoet ná belastingen het hoogst is. Door een (hogere) belasting op uitgedeelde winst zal het geëiste rendement van nieuw kapitaal vóór belasting hoger zijn dan het geëiste rendement van geherinvesteerd kapitaal vóór belasting. Dat er ook daadwerkelijk een verschil bestaat tussen het geëiste rendement vóór belasting voor nieuw kapitaal en het geëiste rendement vóór belasting voor geherinvesteerd kapitaal, blijkt uit empirisch onderzoek.⁵³ Dat een dergelijk verschil verstoring werkt, blijkt uit de vorige paragraaf. Daarnaast brengt de bevoordeling van financiering met

50. Zie Rosen, H.S.; Public Finance, Richard, D. Irwin Inc., Homewood (Ill.), 1992, blz. 309-310.

51. Vergelijk Cnossen, S.; Duale inkomstenbelasting: een beter alternatief, discussiepaper in het kader van het seminar 'Belastingherziening 2001; politiek en wetenschap in debat', 10 december 1999, OCFeB/EUR en Cnossen, S. & Bovenberg, A.L.; Hoe moet kapitaalinkomen worden belast, discussiepaper in het kader van het seminar 'Belastingherziening 2001; politiek en wetenschap in debat' 10 december 1999, OCFeB/EUR.

52. Overigens is het ook voor a.b.-houders boven een bepaald rendement aantrekkelijker om exedent vermogen van de eigen bv (belast) uit te keren en dit te beleggen in box 3.

53. Vergelijk Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871 en Cnossen, S.; Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal- economische aspecten van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 52-53 en zie Baumol, W.J., Heim, P., Malkiel, B.G. & Quandt, R.E.; Earnings Retention, New Capital and the Growth of the Firm, Review of Economics and Statistics, 1970/4, blz. 345-355. Vergelijk ook Brealy, R.A. & Myers, S.C.; Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996, blz. 432-433, waarin zij een overzicht geven van verschillende empirische studies naar de invloed van belasting op het dividendrendement. Deze empirische studies wijzen allemaal in de richting dat aandelen met een hoog dividendrendement lager zijn geprijsd dan aandelen met een lager dividendrendement en dat aandelen met een hoog dividendrendement een hoger rendement vóór belasting hebben dan aandelen met een lager dividendrendement.

gereserveerde winsten boven financiering met nieuw aandelenkapitaal een voordeel mee voor oudere, gevestigde ondernemingen (met grote winstreserves) ten opzichte van startende/groeiende ondernemingen. Deze laatste dienen voor het financieren van hun groei namelijk een beroep te doen op het relatief dure nieuwe kapitaal.⁵⁴

2.4.3 Eigen vermogen en vreemd vermogen in de jaarrekening

2.4.3.1 Inleiding

Het doel van een jaarrekening is kort samengevat het inzicht verstrekken in het vermogen, het resultaat de solvabiliteit en de liquiditeit van een rechtspersoon, zie art. 2:362, lid 1 BW, RJ 100.203 en RJ 110.102. Gelet op dit doel van de jaarverslaggeving is het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen van groot belang. In deze paragraaf ga ik na wanneer voor de jaarverslaggeving sprake is van eigen vermogen en wanneer sprake is van vreemd vermogen. Eveneens besteed ik hierbij aandacht aan hybride instrumenten. Ik sluit deze paragraaf af met de beantwoording van de vraag wat de betekenis is of zou kunnen zijn van de kwalificatie in het jaarrekeningenrecht voor de fiscaliteit. In het navolgende verwijs ik diverse malen naar RJ 290 (financiële instrumenten) en naar IAS 32. RJ 290 stemt grotendeels overeen met IAS 32.⁵⁵ Een belangrijke uitzondering is de mogelijkheid tot herkwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen. IAS biedt deze mogelijkheid niet. Een bepaalde classificatie kan later niet worden aangepast, zie IAS 32.18-19.

2.4.3.2 Criteria

Voor de geconsolideerde balans wordt het eigen vermogen bepaald als restpost van het totale vermogen en het vreemd vermogen. Deze benadering wordt gevolgd door zowel de IASB als de RJ.

54. Vennootschappen kunnen er overigens niet straffeloos voor kiezen om in het geheel geen dividend meer uit te keren. Dit wordt ook bevestigd door empirische studies, zie Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871. Aan het uitkeren van winsten zijn namelijk ook niet-fiscale voordelen verbonden. Dividenden wijzen er in beginsel op dat een vennootschap financieel gezond is. Tevens verkleinen dividenden de speelruimte van het management, zodat overtollige gelden niet op een verkeerde wijze kunnen worden aangewend door het management. Vergelijk ook Brealy, R.A. & Myers, S.C.; Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996, hoofdstuk 16 'The dividend controversy'. In dit hoofdstuk komen ook de standpunten van Modigliani en Miller naar voren (en het bekende artikel Miller, M.H. & Modigliani, F.; Dividend Policy, Growth and the Valuation of Shares, Journal of Business, nr. 34, oktober 1961). Volgens deze bedrijfseconomische stroming is de keuze tussen winstuitdeling of winstinhouding niet van belang, aangezien tegenover een dividenduitkering een daling van de waarde van het aandeel staat. Deze stelling wordt algemeen als juist aanvaard, onder de voorwaarde dat er sprake is van een wereld zonder belastingen, transactiekosten en andere marktonvolkomenheden (zoals ook faillissement). De discussie aangaande uitkeringsbeslissingen spitst zich dan ook met name toe op de vraag in hoeverre imperfecties invloed hebben op de uitdelingsbeslissing.

55. Böhmer, S., Hoogendoorn, M.N., De Kam, F. & Krens, F., Handboek Jaarrekening 2004, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 666.

In IAS 32.11 wordt eigen vermogen als volgt (dwingend) gedefinieerd: *'An equity instrument is any contract that evidences a residual interest in the assets of an entity after deducting all of its liabilities'*. In RJ 240.202 wordt eigen vermogens als volgt omschreven: *'Eigen vermogen is het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al zijn vreemd vermogen'*⁵⁶ en in gelijke zin RJ 115.102 (dwingend): *'Eigen vermogen is het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al het vreemd vermogen'*. Vergelijk ook RJ 290.109 (dwingend): *'Een eigen-vermogensinstrument is elke overeenkomst die het overblijvend recht omvat op een aandeel in de activa van een partij, na aftrek van alle verplichtingen'*.

Het voorgaande betekent dat de invulling van het begrip vreemd vermogen (of liability) van belang is voor de bepaling van het eigen vermogen.

IAS 32.11 definieert een financial liability als volgt: *'(a) a contractual obligation:*

(i) to deliver cash or another financial asset to another entity; or

(ii) to exchange financial assets or financial liabilities with another entity under conditions that are potentially unfavourable to the entity; or (...)'. RJ 290.109 sluit hierbij nauw aan: *'Een financiële verplichting is elke overeengekomen verplichting om:*

a. liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij over te dragen; of

b. financiële instrumenten te ruilen met een andere partij onder voorwaarden die potentieel nadelig zijn'.⁵⁷

Het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is dus of de emittent van de vermogenstitel de verplichting heeft om liquide middelen of een ander actief over te dragen aan de andere partij, dan wel om een financieel instrument te ruilen met de houder van de vermogenstitel onder voor de emittent in potentie ongunstige voorwaarden. Anders geformuleerd: de emittent van eigen vermogen kan betalingen tegenhouden, terwijl een emittent van eigen vermogen deze controle niet heeft.

Twee grootheden zijn van belang bij het tegenhouden van betalingen. Dit zijn de aflossingen en de rentebetalingen. De RJ kwalificeert een financieel instrument slechts als eigen vermogen, indien:

- er geen verplichting bestaat tot aflossing en het daarnaast onwaarschijnlijk is dat een dergelijke verplichting in de toekomst zal ontstaan⁵⁸; en
- er geen contractuele verplichting bestaat tot het betalen van een vergoeding over het ter beschikking gestelde vermogen.⁵⁹

56. Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005.

57. Vergelijk in dit verband tevens IAS 32 BC6 (basis for conclusions).

58. Zie RJ 290.204 en RJ 290.206, laatste volzin. In RJ 290.206 wordt een voorbeeld gegeven van een preferent aandeel dat recht geeft op een contractueel groeiend dividend waardoor het dividendpercentage in de nabije toekomst zodanig hoog is, dat de emittent in economische zin min of meer verplicht wordt tot aflossing van het instrument. Formeel is er dan wellicht geen financiële verplichting tot aflossing, maar materieel wel. Een dergelijk instrument heeft dan te gelden als vreemd vermogen. Opvallend is overigens wel dat dit voorbeeld door de IASB nu juist bewust niet is opgenomen in IAS 32.20, zie IAS 32 BC9 (2005).

59. Vergelijk RJ 290.205.

Ook op dit punt sluiten IAS 32 en RJ 290 nauw op elkaar aan.

2.4.3.3 Hybride financieringsvormen

Kwalificatie van hybride instrumenten

Naast regulier eigen vermogen en vreemd vermogen bestaan er ook hybride financieringsinstrumenten. Deze financieringsvormen hebben zowel kenmerken van eigen vermogen als van vreemd vermogen. Voor jaarverslaggevingdoeleinden rijst de vraag hoe een zo'n hybride instrument moet worden geclassificeerd. IAS 32.28 schrijft voor dat de eigen vermogen component en de vreemd vermogen component separaat moeten worden verantwoord in de balans. De RJ beveelt afzonderlijke waardering aan, maar schrijft deze niet voor, zie RJ 290.212.⁶⁰

Böhmer e.a. geven onder andere de volgende voorbeelden van de kwalificatie van hybride financiële instrumenten⁶¹:

1. preferente aandelen en prioriteitsaandelen;
2. verplicht aflosbare aandelen;
3. mogelijk aflosbare aandelen;
4. perpetuele lening;
5. aflosbare/converteerbare lening;
6. converteerbare obligatielening met aflossing in vaste tegenwaarde;
7. financiële instrumenten met 'oneigenlijke' onzekerheden.

Ad 1: Preferente aandelen en prioriteitsaandelen

(Niet aflosbare) Preferente aandelen en prioriteitsaandelen kwalificeren niet (partieel) als vreemd vermogen omdat er voor de emittent geen feitelijke of in rechte afdwingbare verplichting bestaat om bedragen te betalen aan de aandeelhouders. Bij cumulatief preferente aandelen is dit niet anders. Het doorslaggevende criterium is of de emittent zelf kan bepalen of er al dan niet dividend wordt uitgekeerd. Het dividendverleden, de dividendintenties, het negatieve effect op de prijs van gewone aandelen indien geen dividend wordt uitgekeerd op preferente aandelen (omdat dan in de regel evenmin dividend mag worden uitgekeerd op de normale aandelen), etc. doen hier niet aan af, zie IAS 32 AG26.

60. RJ 290.212 schrijft echter wel voor dat indien de vreemd-vermogens- en de eigen-vermogens-component van een samengesteld instrument niet afzonderlijk worden geclassificeerd, in de toelichting dient te worden aangegeven op welke wijze deze instrumenten worden verwerkt.

61. Böhmer, S., Hoogendoorn, M.N., De Kam, F. & Krens, F., Handboek Jaarrekening 2004, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 669-670. Andere voorbeelden zijn ontleend aan de application guidance bij IAS 32.

*Ad 2: Verplicht aflosbare aandelen*⁶²

De kwalificatie verplicht aflosbare aandelen is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de emittent naast de aflossingsverplichting ook een contractuele verplichting heeft om dividend te betalen. Indien er een verplichting bestaat om een bepaald dividend uit te betalen, kwalificeren de aandelen zowel volgens de IASB als volgens de RJ als vreemd vermogen. Indien er geen dividendverplichting bestaat, dient het aflosbare aandeel volgens de IASB te worden gesplitst in een deel vreemd vermogen en in een deel eigen vermogen. Zoals ik hiervoor reeds opmerkte, beveelt de RJ uitsplitsing aan maar stelt hij deze niet verplicht.⁶³

Ad 3: Mogelijk aflosbare aandelen

Omdat bij mogelijk aflosbare aandelen het initiatief tot aflossing ligt bij de emittent, bestaat er geen verplichting tot aflossing, en is er in beginsel sprake van eigen vermogen. Indien uit het verleden blijkt dat de vennootschap altijd overgaat tot het aflossen van de aandelen en het vrijwel zeker is dat dit ook bij de onderhavige aandelen zal geschieden, kwalificeren de aandelen (partieel) als vreemd vermogen.

Ad 4: Perpetuele lening

Indien een lening geen aflossingsverplichting kent en de rentebetaling winstafhankelijk is, is er sprake van een lening die kwalificeert als eigen vermogen.⁶⁴ Indien de lening geen aflossingsverplichting kent maar wel een renteverplichting, kan de emittent deze rentebetalingen niet tegenhouden. Er is dan ingevolge IAS 32.11 sprake van (partieel) vreemd vermogen.⁶⁵

Ad 5: Aflosbare/converteerbare lening

Bij een reguliere converteerbare obligatielening heeft de houder van de obligatie de keuze of op een bepaald tijdstip de lening wordt omgezet in aandelen. Zo'n obligatielening is een hybride instrument; er is sprake van een aflossingsverplichting in eigen aandelen en een vaste rentecomponent welke niet kan worden tegengehou-

62. Naar Nederland recht zijn zulke aandelen in beginsel niet mogelijk. Met de komst van de 'flexibele bv' wordt dit wellicht anders, zie De Kluiver, H.J. e.a., Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag, 2004, blz. 1-2. De expertgroep gaat namelijk onder meer uit van de volgende punten:

- minder dwingend en meer regelend recht;
- meer vrijheid van inrichting voor aandeelhouders;
- faciliteren van de behoeften van hedendaagse, nationale en internationale, praktijk;
- aansluiten bij ontwikkelingen in de ons omringende landen en de Europese Unie.

Voor meer informatie over de flexibele bv verwijs ik naar www.ez.nl.

63. De emittent mag kiezen voor de volledige kwalificatie als eigen vermogen of als vreemd vermogen, afhankelijk van welk karakter van het financiële instrument overheerst.

64. De fiscaalrechtelijke kwalificatie van zo'n lening bespreek ik in hoofdstuk 4.

65. Böhmer e.a. wijzen er op dat er in zo'n situatie een verplichting moet worden opgenomen ter grootte van de contante waarde van de interestverplichtingen. Deze contante waarde is – mits de rente marktconform is – gelijk aan de nominale waarde van de lening, zie, Böhmer, S., Hoogendoorn, M.N., De Kam, F. & Krens, F., Handboek Jaarrekening 2004, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 670. Vergelijk in dit verband tevens IAS 32 AG6 (application guidance)

den. Afzonderlijke kwalificatie wordt voorgeschreven door de IASB (IAS 32.28) en aanbevolen door de RJ (RJ 290.212). De RJ staat evenwel ook kwalificatie/classificatie als vreemd vermogen toe mits deze is toegelicht.

IAS 32.32 geeft aan hoe de separate waardering plaats moet vinden. IAS 32 AG31 geeft het volgende voorbeeld: *'(a) The issuer's obligation to make scheduled payments of interest and principal is a financial liability that exists as long as the instrument is not converted. On initial recognition, the fair value of the liability component is the present value of the contractually determined stream of future cash flows discounted at the rate of interest applied at that time by the market to instruments of comparable credit status and providing substantially the same cash flows, on the same terms, but without the conversion option. (b) The equity instrument is an embedded option to convert the liability into equity of the issuer. The fair value of the option comprises its time value and its intrinsic value, if any. This option has value on initial recognition even when it is out of the Money.'*⁶⁶

Ad 6: Converteerbare obligatielening met aflossing in vaste tegenwaarde

Het is ook denkbaar dat de emittent van een obligatielening het recht heeft om de lening 'af te lossen' in aandelen die de tegenwaarde vormen van de af te lossen hoofdsom. De IASB classificeert zo'n obligatielening als vreemd vermogen, zie IAS 32.11.⁶⁷

In IAS 32 AG27 wordt dienaangaande het volgende opgemerkt: *'A contract that will be settled in a variable number of the entity's own shares whose value equals a fixed amount or an amount based on changes in an underlying variable (eg a commodity price) is a financial asset or a financial liability. Similarly, a contract that will be settled in a fixed number of the entity's own shares, but the rights attaching to those shares will be varied so that the settlement value equals a fixed amount or an amount based on changes in an underlying variable, is a financial asset or a financial liability'.*

Ad 7: Financiële instrumenten met 'oneigenlijke' onzekerheden

De kwalificatie als eigen vermogen van een financieel instrument wijzigt niet indien op kunstmatige wijze een onzekerheid/liability wordt opgeroepen.

In IAS 32 AG25 wordt dienaangaande het volgende opgemerkt: *'Paragraph 25 requires that if a part of a contingent settlement provision that could require settlement in cash or another financial asset (or in another way that would result in the instrument being a financial liability) is not genuine, the settlement provision does not affect the classification of a financial instrument. Thus, a con-*

66. Voor de verdere jaarrekeningtechnische verwerking – bijvoorbeeld van de conversie – verwijst ik naar IAS 32 AG 32 e.v.

67. Op dit punt luidt IAS 32.11 als volgt: *'A financial liability is any liability that is:*
(a) (...)
(b) a contract that will or may be settled in the entity's own equity instruments and is:
(i) a non-derivative for which the entity is or may be obliged to deliver a variable number of the entity's own equity instruments; or
(ii) a derivative that will or may be settled other (onderstrepings JvS) than by the exchange of a fixed amount of cash or another financial asset for a fixed number of the entity's own equity instruments'.

tract that requires settlement in cash or a variable number of the entity's own shares only on the occurrence of an event that is extremely rare, highly abnormal and very unlikely to occur is an equity instrument. Similarly, settlement in a fixed number of an entity's own shares may be contractually precluded in circumstances that are outside the control of the entity, but if these circumstances have no genuine possibility of occurring, classification as an equity instrument is appropriate'.

In de situaties zoals hierboven geschetst blijft er derhalve sprake van eigen vermogen.

2.4.3.4 Kwalificatie van rente en dividend

De kwalificatie van een financieel instrument als eigen vermogen of als vreemd vermogen is niet alleen van belang voor de balans. Ook voor de resultatenrekening is het van belang of een bepaalde betaling een vergoeding vormt voor eigen vermogen dan wel voor vreemd vermogen. IAS 32.25 en RJ 290.219 bepalen onder meer dat in de winst- en verliesrekening rente en dividend met betrekking tot een financieel instrument, of een deel van een daarvan, dat is geclassificeerd als een financiële verplichting, dienen te worden opgenomen als kosten. Uitkeringen aan houders van financiële instrumenten die zijn geclassificeerd als eigen-vermogensinstrumenten, dienen direct in mindering te worden gebracht op het eigen vermogen van de emittent als onderdeel van de winstverdeling.

In IAS 32 AG37 wordt het volgende opgemerkt over de kwalificatie van de vergoeding op een hybride instrument. Het betreft een niet cumulatief preferent aandeel dat verplicht moet worden afgelost in geld na vijf jaar. De emittent bepaalt of dividend wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders tijdens de looptijd. *'Such an instrument is a compound financial instrument, with the liability component being the present value of the redemption amount. The unwinding of the discount on this component is recognised in profit or loss and classified as interest expense. Any dividends paid relate to the equity component and, accordingly, are recognised as a distribution of profit or loss. A similar treatment would apply if the redemption was not mandatory but at the option of the holder, or if the share was mandatorily convertible into a variable number of ordinary shares calculated to equal a fixed amount or an amount based on changes in an underlying variable (eg commodity). However, if any unpaid dividends are added to the redemption amount, the entire instrument is a liability. In such a case, any dividends are classified as interest expense'.* De dividendbetalingen kwalificeren dus in beginsel als een vergoeding op eigen vermogen, omdat er voor de emittent geen verplichting bestaat om dividend uit te keren.

De kwalificatie van een financieel instrument voor de balans bepaalt dus, of een bepaalde vergoeding als interest of als dividend wordt aangemerkt voor de winst- en verliesrekening. Dividenden op aandelen die zijn gekwalificeerd als verplichting (liability), worden in de winst- en verliesrekening worden opgenomen als (interest-) kosten, hetzij onder de post interest uit schulden, hetzij onder een separate post (zie IAS 32.40 en RJ 290.221). IAS 32.40 en RJ 290.221 geven aan dat het in bepaalde omstandigheden is aan te bevelen, om de posten separaat op te nemen in de winst- en verliesrekening. Hierbij wordt gewezen op het verschil tussen dividend en rente met betrekking tot de fiscale aftrekbaarheid.

2.4.3.5 Conclusie ten aanzien van kwalificatie conform jaarrekeningenrecht

De IASB gaat uitgebreid in op de kwalificatie (of classificatie) van financiële instrumenten en heeft dit vastgelegd en verdedigd in uitgebreide richtlijnen. Deze richtlijnen worden overigens continu herwogen, aangescherpt en verbeterd. De vraag rijst of de door de IASB en de RJ gekozen (of gevolgde) benadering ook kan (of zou moeten) worden gevolgd in het Nederlandse fiscale recht. Hiervoor valt het nodige te zeggen. Allereerst is het van belang dat – voor de geconsolideerde jaarrekening – wordt uitgegaan van de economische werkelijkheid en niet van de juridische vorm. Voor de heffing van vennootschapsbelasting lijkt mij het in beginsel eveneens een verdedigbaar uitgangspunt om de (economische) werkelijkheid te laten prevaleren boven de civielrechtelijke vorm. Hierbij teken ik wel aan dat de juridische vorm in de regel eenvoudiger is vast te stellen dan de economische werkelijkheid. Voorts dienen de functies van het jaarrekeningenrecht en het fiscale recht goed te worden onderscheiden. Het jaarrekeningenrecht dient ertoe inzicht te bieden in de financiële positie van een onderneming en om ondernemingen onderling te kunnen vergelijken. Het fiscale recht is gericht op het vaststellen van de verschuldigde belasting.⁶⁸

Op bepaalde vlakken lijkt evenwel een trend waarneembaar waarin de fiscaliteit meer neigt richting het jaarrekeningenrecht.⁶⁹ De Hoge Raad en/of de wetgever kiezen (vooralsnog) niet voor een bedrijfseconomische invulling voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen. De Hoge Raad hanteert

68. Nota navv TK, 2005-2006, 30 572, blz. 68-69: *'De rechtvaardiging voor de uiteindelijke verschillen is dat de jaarrekeningen verschillende doelen hebben. Met de commerciële jaarrekening streeft de onderneming zoveel mogelijk shareholders value na, en ligt de nadruk dus op het vermogen. De fiscale jaarrekening heeft het doel tot een grondslag voor de belastingheffing te komen en is dus gericht op het vaststellen van de belastbare winst. Bovendien zijn niet alle verschillen tussen de commerciële winst en de fiscale winst terug te voeren op goedkoopmansgebruik, sommige vloeien voort uit andere wetbepalingen. Voorbeelden hiervan zijn de deelnemingsvrijstelling, gemengde kosten en de giftenaftrek'. Een ander belangrijk verschil is de in het wetsvoorstel werken aan winst voorgestelde wijziging op het gebied van de fiscale behandeling van opties: 'Volgens IFRS moet de waarde van uitgekeerde personeelsopties als kosten worden opgevoerd. Gelet op één van de doelen van IFRS, namelijk ervoor zorgen dat de cijfers van ondernemingen meer in overeenstemming zijn met de behoeften van aandeelhouders, is een dergelijke verwerking begrijpelijk. Door de verstrekking van optierechten wordt de deelgerechtigdheid tot het vermogen van de vennootschap namelijk potentieel over meer aandelen verdeeld, zodat bij de bestaande aandeelhouders een last tot uitdrukking komt doordat hun aandelen door verwatering minder waard worden. Die last wordt op basis van de IFRS-regels voor de aandeelhouders dus zichtbaar gemaakt. De opvatting die aan de voorgestelde niet-aftrekbaarheid van optierechten ten grondslag ligt, te weten dat sprake is van aandeelhouderslasten in plaats van ondernemingskosten, is dus niet in strijd met de gedachten die aan de IFRS-regels ten grondslag liggen',* Nota navv TK, 2005-2006, 30 572, blz. 109-110.

69. Vergelijk in dit verband Nota navv TK, 2005-2006, 30 572, blz. 91: *'Fiscaal mag thans winstneming in beginsel worden uitgesteld tot de oplevering van het werk. Volgens de Nederlandse wet- en regelgeving op het vlak van de commerciële jaarrekening is dat slechts beperkt toegestaan. Onder IFRS is een dergelijke waardering zelfs verboden. De voorgestelde maatregel houdt in dat onderhanden werk moet worden gewaardeerd op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk. Een dergelijke fiscale waardering zal doorgaans meer aansluiten bij de commerciële waardering dan thans het geval is'.*

in beginsel namelijk een formele benadering bij de kwalificatie van een geldverstrekking. Slechts in een limitatief aantal gevallen maakt hij inbreuk op dit formele uitgangspunt. In paragraaf 2.6.2 en hoofdstuk 3 ga ik hierop nog nader in. In hoofdstuk 4 besteed ik aandacht aan de wijze waarop de wetgever omgaat met hybride financieringsvormen. In dit onderzoek ga ik verder uit van de door de Hoge Raad en de wetgever gekozen benadering. Een nadere beschouwing van het jaarrekeningenrecht blijft derhalve buiten beschouwing. Hieraan ligt mede ten grondslag dat de kwalificatiekwestie van een vermogensverstrekking slechts een deel van het probleem vormt van de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Het oplossen van dit vraagstuk vormt derhalve slechts een partiële oplossing van het probleem. Bovendien ligt een wijziging van het fiscale criterium op dit moment geheel niet in de reden, noch bij de wetgever, noch in de rechtspraak. Een exercitie langs die weg heeft daarom een hoog 'als'-gehalte en voegt dus weinig toe. Voor de langere termijn acht ik zo'n afzonderlijk onderzoek wel zinvol.

2.5 Fiscaalrechtelijke verschillen tussen eigen en vreemd vermogen

2.5.1 Vennootschapsbelasting

In het civiele recht bestaan wettelijke bepalingen, waarin de begrippen kapitaal en lening nader worden gedefinieerd (vergelijk paragraaf 2.3). In de Wet Vpb 1969 ontbreken dergelijke bepalingen. Uit jurisprudentie blijkt evenwel dat ook voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie de civielrechtelijke vorm als uitgangspunt heeft te gelden. Slechts in bijzondere situaties wordt hiervan afgeweken.⁷⁰ De kwalificatie van een vermogensverstrekking is van belang, aangezien de fiscale behandeling van eigen vermogen op de volgende punten significant afwijkt van de fiscale behandeling van vreemd vermogen.

Aftrekbaarheid en belastbaarheid vergoeding

De vergoeding op een lening is voor de debiteur in beginsel aftrekbaar als bedrijfskosten. Voor de crediteur hangt de fiscale behandeling van de rentebaten af van zijn positie. Bij een particuliere belegger valt de vordering in box 3, zodat de forfaitaire rendementsheffing daarop van toepassing is. Voor een aanmerkelijkbelanghouder vormen de rente-inkomsten ingevolge art. 3.92 Wet IB 2001 een resultaat uit overige werkzaamheden, zodat de rente wordt belast in box 1. Een ondernemer wordt eveneens in box 1 belast, indien de vordering kwalificeert als verplicht ondernemingsvermogen. Is de renteontvanger een kapitaalvennootschap is, dan is de rentevergoeding in beginsel belast.

Een dividenduitkering is niet aftrekbaar voor de uitdelende vennootschap. In de inkomstenbelasting heeft een dividenduitkering voor de particuliere aandeelhouder in beginsel geen fiscale gevolgen; het belang valt immers in box 3. De aandeelhouder die zijn pakket tot zijn ondernemingsvermogen rekent, wordt tegen een progressief tarief belast in box 1 voor de ontvangen dividenden. Voor aanmerkelijkbelanghou-

70. HR 27 januari 1988, BNB 1988/217.

ders is de dividenduitkering belast in box 2 tegen het vaste aanmerkelijkbelangtarief. Ook de aandeelhouder/vennootschap wordt in beginsel belast voor de ontvangen dividenden. Indien het aandelenbezit voor de aandeelhouder echter kwalificeert als een deelneming ex art. 13, dan blijven de dividenden bij het bepalen van de winst van de moeder buiten aanmerking.

Uitgaande van de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling, bestaat in concernverhoudingen in beginsel de mogelijkheid de winst voor een deel naar believen te alloceren. Financiering met eigen vermogen betekent dat eventuele winsten worden belast bij de dochtervennootschap en dat dividenden belastingvrij onder de deelnemingsvrijstelling kunnen worden uitgekeerd aan de moeder. Bij schuldfinanciering daarentegen wordt de moeder belast over de ontvangen rentebaten en valt slechts de overwinst in de heffing bij de dochter.⁷¹

Waardemutaties

In de inkomstenbelasting wordt op het niveau van de geldverstrekker een (negatieve) waardemutatie van een lening in beginsel gelijk behandeld met een (negatieve) waardemutatie van kapitaal. Voor aanmerkelijkbelanghouders geldt dit overigens niet. Op concernniveau wordt – uitgaande van toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling – een (negatieve) waardemutatie van een lening anders behandeld dan een negatieve waardemutatie van kapitaal. De waardedaling van een aandelenparticipatie kan niet ten laste van de winst worden gebracht, indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.⁷² Daarentegen mag de geldverstrekker de waardedaling van een lening in beginsel wel ten laste van de winst brengen, nadat er overigens eerst is afgewaardeerd op de deelneming zelf. Ook voor de debiteur/emittent van aandelen geldt dat slechts de waardemutatie van een lening (bijvoorbeeld door een valutawijziging) de winst beïnvloedt.

Eisen aan verhouding vreemd vermogen: eigen vermogen

Sinds 1 januari 2004 is in de Wet Vpb 1969 een thin-capitalisationbepaling opgenomen (art. 10d). Naast deze (en andere) renteaftrekbepaling(en) is het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen ook van belang voor andere bepalingen. Ter illustratie wijs ik op art. 28, lid 2, waarin wel degelijk sprake is van een maximale VV:EV-verhouding om in aanmerking te kunnen komen voor het regime van de fiscale beleggingsinstelling. Verder werd in de oude standaard deelnemingsvrijstellingsrulings door de fiscus geëist dat de aankoop van een deelneming voor ten minste 15% met eigen vermogen is gefinancierd.⁷³ Ten slotte was het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen in het verleden ook relevant voor de bepaling van de hoogte van de vermogensaftrek. Deze vermogensaftrek was in het leven ge-

71. Vergelijk Aardema in Aardema, E.; Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen (I), WFR 1986/5734.

72. De uitzondering van de liquidatieverliesrekening van art. 13d daargelaten.

73. Vergelijk voor de nieuwe ATR-praktijk (Advanced Tax Ruling) het besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/293, V-N 2001/21.8, waar deze eis van kracht blijft. Het besluit van 30 maart 2001 is vervangen door het besluit van 11 augustus 2004, V-N 2004/43.4.

roepen om belastingheffing over 'schijnwinsten' tegen te gaan, om zodoende een inflatieneutrale belastingheffing te waarborgen. Deze vermogensaftrek is echter afgeschaft per 1 januari 1998.

2.5.2 *Dividendbelasting*

Voor de dividendbelasting worden vergoedingen op kapitaalverstrekkingen en vergoedingen op verstrekkingen van vreemd vermogen verschillend behandeld. Winstuitkeringen (dividenden) worden namelijk wel betrokken in de heffing van de dividendbelasting, terwijl rentebetalingen in beginsel niet worden belast met dividendbelasting. Dit volgt al uit art. 1, lid 1, Wet DB 1965. Daarin wordt namelijk bepaald dat onder de naam 'dividendbelasting' een directe belasting wordt geheven van degenen, die – rechtstreeks of door middel van certificaten – zijn gerechtigd tot de opbrengst van aandelen in, en winstbewijzen van in Nederland gevestigde nv's, bv's en open commanditaire vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele is verdeeld in aandelen. Daarnaast is ook dividendbelasting verschuldigd over rentebetalingen op leningen ex art. 10, lid 1, onderdeel d. Overige 'echte' rentebetalingen worden niet belast met dividendbelasting. In de dividendbelasting bestaat dus (behoudens de uitzonderingssituatie van art. 10, lid 1, onderdeel d) een duidelijk onderscheid tussen vergoedingen betaald voor vreemd vermogen en vergoedingen betaald voor eigen vermogen.

De dividendbelasting fungeert als voorheffing voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.⁷⁴ Daarom leidt voormelde bevoordeling van rente boven dividend voor de dividendbelasting in een puur nationale situatie uiteindelijk doorgaans tot weinig problemen (lees: ongelijke behandeling). Voorts geldt in deelnemingsituaties een vrijstelling voor de dividendbelasting. Het verschil in behandeling doet zich dan ook met name voelen in internationaal verband. Dan blijkt immers dat Nederland wel een bronheffing kent op dividend (waaronder ik in dit verband ook begriip rentebetalingen op leningen ex art. 10, lid 1, onderdeel d), maar niet op rente. Overigens geldt er in kwalificerende EU-relaties een vrijstelling voor de dividendbelasting.⁷⁵ Verder wordt de bronheffing op dividend door internationale verdragen doorgaans aanzienlijk gemitigeerd, zeker indien het aandelenpakketten van meer dan 25% betreft.⁷⁶ In situaties waarin de bronheffing niet wordt gereduceerd tot nihil, stimuleert de dividendbelasting financiering met vreemd vermogen en tot

74. Zie art. 9.2, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001 respectievelijk art. 25, lid 1.

75. In dit verband wijs ik op Hof Amsterdam, 21 september 2005, V-N 2005/54.17 en Hof 's-Hertogenbosch, 9 september 2005, V-N 2005/51.20 voor niet-kwalificerende EU-relaties. In dergelijke situaties is er namelijk mogelijk sprake van strijdigheid met EU-recht, vergelijk Hof 's-Hertogenbosch en de conclusie van A-G Wattel van 10 mei 2006, V-N 2006/40.17. Hof Amsterdam heeft dienaangaande prejudiciële vragen gesteld, zie ook paragraaf 8.7.3.2.

76. Onder enkele verdragen is – onder voorwaarden – in het geheel geen bronbelasting meer verschuldigd, zoals onder het verdrag met Zwitserland en het verdrag met de Verenigde Staten.

winstinhouding.⁷⁷ De nadelige gevolgen die dit kan meebrengen, zijn al in de vorige paragrafen aan de orde geweest.

2.6 Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting

2.6.1 Inleiding

Als uitgangspunt heeft te gelden dat rente – in tegenstelling tot dividend – aftrekbaar is voor de vennootschapsbelasting. In bepaalde gevallen wordt vreemd vermogen echter fiscaal geherkwalificeerd tot eigen vermogen, dan wel wordt rente om een andere reden niet toegelaten in aftrek. In deze paragraaf breng ik in kaart welke bepalingen en arresten renteaftrek kunnen beperken. Een aantal van deze renteaftrekbeperkingen wordt nader behandeld in de hoofdstukken 3 tot en met 7.

2.6.2 Herkwalificatie

Slechts indien er sprake is van een fiscaalrechtelijke geldlening, staat in beginsel de mogelijkheid open om de daarop betaalde vergoeding in aftrek op de winst te brengen. In geval van een kapitaalverstrekking is aftrek van de betaalde vergoeding namelijk uitgesloten. De civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking vormt het uitgangspunt voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie, maar deze civielrechtelijke kwalificatie is niet doorslaggevend. Als gevolg van jurisprudentie van de Hoge Raad is de betaalde vergoeding over een geldverstrekking met de civielrechtelijke verschijning van een lening niet aftrekbaar, indien er sprake is van één van de volgende uitzonderingen die de Hoge Raad heeft geformuleerd in BNB 1988/217:

1. een schijnhandeling;
2. een deelnemerschapslening; of
3. een bodemlozeputlening.

In deze bijzondere situaties wordt de renteaftrek geweigerd. Op deze uitzonderingen ga ik in de hoofdstukken 3 en 5 nog uitgebreid in. Met de invoering van art. 10, lid 1, onderdeel d (hybride leningwetgeving) lijkt de tweede door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering materieel voor een belangrijk deel ingehaald door de wetgeving. De voorwaarden voor de kwalificatie als deelnemerschapslening zijn namelijk (veel) strenger dan de eisen voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. In de hoofdstukken 4 en 5 ga ik nog nader in op de hybride leningwetgeving. Hierbij besteed ik eveneens aandacht aan de relatie tussen de deelnemerschapslening en hybride leningwetgeving.

2.6.3 Kosten

Het winstbegrip van de inkomstenbelasting vormt het uitgangspunt voor de winstbepaling voor de vennootschapsbelasting.⁷⁸ In de inkomstenbelasting zijn kosten in

77. Ook Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 12-13.

78. Vergelijk de in art. 8, lid 1 e.v. opgenomen verwijzingen naar de inkomstenbelasting.

beginsel aftrekbaar van de fiscale winst. Onttrekkingen zijn daarentegen niet aftrekbaar.⁷⁹ Voor de vennootschapsbelasting is dit in principe niet anders.⁸⁰ Daarom is het belangrijk om de begrippen kosten en onttrekkingen te duiden. Kosten zijn *'die uitgaven die, al mogen zij voor de uitoefening niet noodzakelijk zijn geweest, zijn gedaan met het oog op de zakelijke belangen van een onderneming'*.⁸¹ Onder onttrekkingen wordt verstaan: *'geld en alle andere zaken (...) door den eigenaar of door een medege-rechtigde tot het bedrijfsvermogen aan hetzelfde onttrokken voor doeleinden, aan het bedrijf vreemd, met name ook voor particulier gebruik'*.⁸² Voorbeelden van onttrekkingen zijn (verkapte) winstuitkeringen en terugbetalingen van kapitaal.

Uit de door de Hoge Raad gegeven kostendefinitie blijkt dat uitgaven, willen zij kwalificeren als kosten, een zakelijk karakter dienen te hebben. Indien dit zakelijke karakter ontbreekt, kunnen de uitgaven niet in aftrek op de winst komen bij de vennootschap. Het zakelijke motief is derhalve het enige motief dat de fiscus mag toetsen. Indien het zakelijke karakter van een uitgave vaststaat, komt aan de fiscus geen nader toetsingsrecht toe. De hoogte, de onvermijdelijkheid en de doelmatigheid van een uitgave zijn grootheden die in beginsel niet mogen worden getoetst door de fiscus. Overigens bestaat hierover pas sinds kort – na HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 – duidelijkheid.⁸³ In HR 9 maart 1983, BNB 1983/202 – een arrest gewezen voor de inkomstenbelasting dat in de literatuur bekendheid geniet onder de naam 'eerste Cessna-arrest' – oordeelde de Hoge Raad namelijk dat aan de fiscus een marginale toetsingsmogelijkheid toekomt voor de beoordeling van de zakelijkheid van kosten.⁸⁴ Ook voor de vennootschapsbelasting leek, vóór BNB 2002/290, aan de fiscus in uitzonderlijke situaties een marginale toetsingsmogelijkheid toe te komen. In HR 21 september 1995, BNB 1995/15 en 16 leek de Hoge Raad de aftrek van kosten te wei-

79. Overigens komen niet alle uitgaven die als kosten kwalificeren ook (volledig) in aftrek op de winst. Per 1 juli 1989 zijn namelijk wettelijke beperkingen gesteld aan de aftrek van bepaalde zakelijk gemotiveerde kosten, vergelijk art. 3.14 en 3.15 Wet IB 2001. Deze bepalingen gelden op grond van art. 8, lid 1 en lid 5 deels ook voor de vennootschapsbelasting.
80. Hiermee wordt dus een inbreuk gemaakt op de zelfstandigheidsgedachte ten aanzien van vennootschappen. In de inkomstenbelasting kan een ondernemer onttrekkingen (bedrijfsvreemde uitgaven) uit de onderneming laten plaatsvinden ten behoeve van zijn privésfeer. Zulke bedrijfsvreemde uitgaven kan een zelfstandig lichaam niet doen. Desalniettemin gelden alle winstuitkeringen aan verschafters van eigen vermogen als bedrijfsvreemde uitgaven en zijn als zodanig niet aftrekbaar van de fiscale winst.
81. Zie HR 31 december 1958, BNB 1959/67.
82. Zie Hoogendoorn, J. in zijn noot onder BNB 1995/15. Hij ontleent deze definitie aan het IB-arrest HR 17 maart 1954, BNB 1954/130 en aan de tekst van art. 9, lid 2, Besluit IB 1941.
83. Zie hierna. Voor een nadere beschouwing verwijs ik naar Van Strien, J.; Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, WFR 2003/1720.
84. De Hoge Raad overwoog dat zakelijk gefundeerde kosten ten laste van de winst mogen worden gebracht: *'behoudens en voor zover het beloop van de meerdere kosten, verbonden aan het reizen per eigen vliegtuig, in een zodanige wanverhouding staat tot het nut dat deze snelle wijze van reizen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming te hebben verkozen'*. De Hoge Raad oordeelde dat zakelijk gefundeerde uitgaven aftrekbaar zijn als aftrekbare kosten, tenzij de omvang van de uitgaven zodanig disproportioneel is ten opzichte van het behaalde nut, dat geen weldenkende ondernemer deze uitgaven zou hebben gedaan. In zo'n situatie is er sprake van een bedrijfsvreemde uitgave (een onttrekking).

geren, ongeacht het feit dat niet was komen vast te staan dat de uitgaven waren gedaan in de relatie tussen de aandeelhouder en de vennootschap.⁸⁵ Uit BNB 1995/16 maar met name uit BNB 1995/15 leek te kunnen worden afgeleid dat indien uitgaven geen zakelijk karakter dragen, deze uitgaven niet in aftrek kunnen komen op de winst. Of deze kosten al dan niet ten goede komen aan de aandeelhouder(s), zou daarbij niet relevant zijn.⁸⁶ Dit zou meebrengen dat er tussen ondernemingskosten en uitdelingen aan aandeelhouders een derde categorie bestaat, namelijk de volstrekt onredelijke uitgaven.⁸⁷ In de literatuur is deze uitkomst sterk bekritiseerd.⁸⁸ Hemels merkt terecht op dat de constatering dat niet is vastgesteld dat de uitgaven ten goede zijn gekomen aan de aandeelhouder, niet per definitie betekent dat deze uitgaven ook niet zijn terechtgekomen bij die aandeelhouder.⁸⁹ Het is alleen niet feitelijk vastgesteld. Dit is ook de gedachtelijn die Meussen volgt. Hij is namelijk van mening dat BNB 1995/15 met name moet worden beschouwd in het kader van een redelijke bewijslastverdeling.⁹⁰

In BNB 1995/16 is het mijns inziens duidelijk dat het uiteindelijk ging om de verdeling van de bewijslast. In beginsel rust de bewijslast om een bevoordeling aannemelijk te maken op de inspecteur. Slaagt een inspecteur hier niet in, dan zijn de kosten (behoudens bijzondere regelingen) aftrekbaar, aangezien alle door een onderneming gemaakte kosten worden verondersteld ondernemingskosten te zijn. In uitzonderlij-

85. In BNB 1995/15 oordeelde Hoge Raad als volgt: *'Vervolgens heeft het Hof (...) geoordeeld dat de Inspecteur tegenover de gemotiveerde betwisting door belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende heeft bedoeld B te bevoordelen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van belanghebbende door de kosten voor haar rekening te nemen. Het Hof heeft hieraan de gevolgtrekking verbonden dat voor een correctie op dit punt geen plaats is. Het middel, dat zich tegen deze gevolgtrekking keert, slaagt. 's Hof's oordeel dat de onderhavige uitgaven niet een zakelijk karakter dragen, dwingt immers tot de slotsom dat zij niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen'. In BNB 1995/16 overwoog hij als volgt: 'Indien vaststaat dat een belastingplichtig lichaam een betaling heeft gedaan zonder dat blijkt van enige tegenprestatie, kan deze uitgave slechts dan tot de kosten van de door de belastingplichtige gedreven onderneming worden gerekend, indien deze aannemelijk maakt dat de uitgave ten behoeve van die onderneming is gedaan. Door de in de ten processe geschetste omstandigheden van belanghebbende het bewijs te verlangen dat de betalingen zijn gedaan met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming, heeft het Hof derhalve de bewijslast niet onredelijk verdeeld (...)'.*

86. Voor kritiek over deze beslissing van de Hoge Raad verwijs ik naar de noot van Hoogendoorn, J. onder BNB 1995/15.

87. Vergelijk de conclusie van A.G. van Soest in zijn conclusie bij BNB 1995/15, die de categorie 'volstrekt onredelijke uitgaven' ook erkent. Ook Sillevius en de Vries leken deze visie te onderschrijven. Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.0.5.A.

88. Vergelijk Hoogendoorn, J. in zijn noot onder BNB 1995/15. In gelijke zin Meussen, die van mening is dat er geen ruimte kan zijn voor een tussencategorie. Onzakelijke kosten resulteren volgens hem alleen in uitkeringen. Meussen, G.T.K.; Onttrekkingen in de vennootschapsbelasting, TFO 1995/136.

89. Hemels; S.J.C.; Giftenaftrek: het fantoom van de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/60.

90. Alsdan zouden BNB 1995/15 en BNB 1995/16 beide met name gaan om een redelijke bewijslastverdeling, waarbij indien de onzakelijkheid van de rechtshandeling komt vast te staan, waarmee ook de aandeelhoudersbevoordeling vast staat.

ke situaties, zoals in BNB 1995/16, wordt de bewijslast anders verdeeld.⁹¹ Vanwege het ontbreken van enige tegenprestatie diende belanghebbende vervolgens de zake-lijkheid van haar uitgaven aannemelijk te maken.

Voor BNB 1995/15 heb ik meer moeite om zonder meer de gedachtelijn van Meussen te volgen.

In BNB 1995/15 overwoog de Hoge Raad namelijk als volgt: *'Vervolgens heeft het Hof (...) geoordeeld dat de Inspecteur (...) niet aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende heeft be-doeld B te bevoordelen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder (...). (...) 's Hofs oordeel dat de onderhavige uitgaven niet een zakelijk karakter dragen, dwingt immers tot de slotsom dat zij niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen'.*

De constatering dat niet is vastgesteld dat de uitgaven ten goede zijn gekomen aan de aandeelhouder, betekent niet per definitie dat deze uitgaven ook niet ten goede zijn gekomen aan die aandeelhouder.⁹² Toch kan in BNB 1995/15 ook worden gelezen dat een bevoordeling van de aandeelhouder niet relevant is, omdat het volstrekt onredelijke uitgaven betreft; een 'nieuwe' categorie.⁹³ Deze benadering leek de Hoge Raad ook te volgen in HR 8 maart 2002, BNB 2002/210 (tweede Cessna-arrest). Het Hof oordeelde dat in verband met de aftrekbaarheid van de door belanghebbende gemaakte kosten verbonden aan het reizen per eigen vliegtuig, een redelijk denken-de ondernemer (in casu een bv) niet kan volhouden deze wijze van reizen te hebben verkozen met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming. Dit oordeel wordt door de Hoge Raad in stand gelaten. Hierbij lijkt de Hoge Raad wederom een onderscheid te maken tussen kosten ten behoeve van de onderneming en kosten die niet kunnen worden geacht te zijn gemaakt ten behoeve van de onderneming, zonder dat de Hoge Raad daarbij overigens ingaat op de vraag of hier aandeelhouders-motieven in het spel zijn.⁹⁴ Uit HR 14 juni 2002, BNB 2002/290 (renpaardenarrest) blijkt dat de Hoge Raad toch een andere visie voorstaat.

In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de: *'(...) door een vennootschap gedane uitgaven slechts dan een zakelijk karakter (ontberen, JvS) – en kunnen zij derhalve niet ten laste van de winst worden gebracht – indien en voor zover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s)'.*

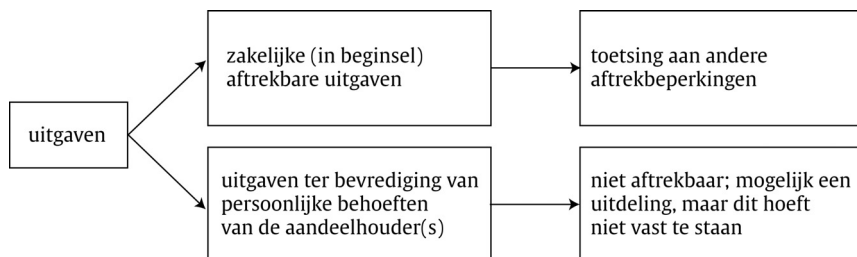
91. In BNB 1995/16 werden door belastingplichtige acht jaar lang betalingen gedaan aan een Antilliaanse nv, zonder dat hier een aanwijsbare tegenprestatie tegenover stond.

92. Hemels; S.J.C.; Giftenaftrek: het fantoom van de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/60. Vergelijk voorts Bouwman, J.N.; Cessna-kosten of niet voor lichamen onderworpen aan art. 2, vijfde lid, Wet VPB 1969, WFR 2002/6508 en Albert, P.H.G.; Het renpaardenarrest en de heffing van inkomstenbelasting, WFR 2003/1044.

93. Vergelijk Van Soest in zijn conclusie bij BNB 1995/15: *'mij nog niet bewust van de mogelijkheid van volstrekt onredelijke uitgaven'*. Overigens is Van Soest, mijns inziens terecht, wel van mening dat de 'nieuwe' tussencategorie heel klein is.

94. Vergelijk de redeactie van de Vakstudie Nieuws bij V-N 2002/16.3 en ook Essers onder BNB 2002/210.

Uit BNB 2002/290 blijkt mijns inziens onomstotelijk dat er geen derde categorie niet-aftrekbare uitgaven bestaat en dat er evenmin een dergelijke categorie heeft bestaan.⁹⁵ Uitgaven zijn slechts dan onzakelijk, indien zij zijn gedaan ten faveure van de aandeelhouder. Bij uitgaven kan dan het volgende stroomschema worden gevolgd:



Voor een derde categorie onzakelijke (niet-aftrekbare) uitgaven is in dit schema geen plaats. Verder staat – in afwijking tot wat kon worden afgeleid uit BNB 1995/15 en BNB 2002/210 – het volgens de Hoge Raad buiten kijf dat voor een ‘onzakelijke’ uitgave een aandeelhoudersband is vereist.⁹⁶

Meussen schakelt de uitgaven ter bevrediging van persoonlijke behoeften van aandeelhouders een op een gelijk met uitdelingen.⁹⁷ Valkenburg geeft in zijn noot onder

95. In gelijke zin Hemels, S.J.C.; Door de muze omhelsd, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005, blz. 215. Anders Kemmeren, E.C.C.M. & Nuijten, O.L.J.; Renpaarden rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739. Vergelijk mijn kritiek op Kemmeren & Nuijten in Van Strien, J.; Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, WFR 2003/1720, die wordt onderschreven door Hemels, blz. 214-215.

96. De vraag rijst nog hoe de giftenaftrek van art. 16 in dit schema past. Hierover heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten in BNB 2002/290. Indien giften niet aftrekbaar zijn onder BNB 2002/290 en vaststaat dat deze giften niet op enigerlei wijze ten goede komen aan de aandeelhouder, dan zijn deze giften mijns inziens – onder voorwaarden – desalniettemin aftrekbaar ingevolge art. 16, vergelijk Van Strien, J.; Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, WFR 2003/1720, anders Hemels, S.J.C.; Door de muze omhelsd, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005, blz. 215-216, die meent dat art. 16 geen betekenis heeft voor art. 2, lid 5-lichamen.

97. Albert was (in ieder geval voor BNB 2002/290) van mening dat behalve winstuitdelingen en terugbetalingen van kapitaal ook andere onttrekkingen mogelijk zijn, Albert, P.G.H.; Over onttrekkingen, winstuitdelingen en toetsing van ondernemersbeleid, FED 1995/826 en nader in hoofdstuk 13 paragraaf 2 van de handelseditie van zijn proefschrift, Albert, P.G.H.; Winstgemis, Editiones Princeps, 1995, Koninklijke Vermande bv, Lelystad, 1995. Een van de argumenten die hij aanvoert, is de invoering (in 1952) en het voortbestaan van art. 16 (giftenaftrek). Beargumenteerd kan worden dat giften zonder een giftenaftrekbevestiging niet aftrekbaar zouden zijn, aangezien giften als onttrekkingen werden beschouwd. Voorts lijkt uit jurisprudentie te kunnen worden afgeleid dat onttrekkingen mogelijk zijn zonder winstuitdeling, vergelijk HR 28 maart 1951, B. 8967. In dit arrest stond de Hoge Raad de aftrek niet toe van een bijdrage door een nv ter ondersteuning van het spoorwegpersoneel dat deelnam aan de door de Nederlandse regering in september 1944 afgekondigde algemene spoorwegstaking. Hij overwoog: 'dat de raad van →

FED 2002/477 terecht aan dat voor de vennootschapsbelasting van de tweede categorie uitgaven niet hoeft te worden vastgesteld dat sprake is van een winstuitdeling. Als er, zoals Meussen aangeeft, geen ruimte is voor andere onttrekkingen dan winstuitdelingen, dan komt de vraag op hoe de Hoge Raad nu zou oordelen over het Spoorwegarrest (B. 8967). Is een bijdrage in de stakingskas in het kader van een goede vaderlandse houding dan wel het voldoen aan de vaderlandse plicht een bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouders? Dient een dergelijke uitkering dan te worden geherkwalificeerd door een (verkapte) dividenduitkering door de nv aan de aandeelhouders, gevolgd door een schenking in privé van de aandeelhouders aan stakers? Een andere interessante vraag die opkomt, is of er nog sprake kan zijn van de bevrediging van de persoonlijke behoefte van aandeelhouders indien een belastingplichtige aannemelijk kan maken dat het geen winstuitdeling betreft. Ervan uitgaande dat de dubbele bewustheidseis een noodzakelijke voorwaarde is voor het constateren tot een uitdeling, brengt het aannemelijk maken door belastingplichtige van het ontbreken van bewustheid bij de aandeelhouder mee dat geen sprake van een winstuitdeling kan zijn.⁹⁸ Als een uitdeling hetzelfde is als een onttrekking (zoals Meussen meent), kan dan geen sprake zijn van een onttrekking.⁹⁹

Ten slotte werp ik de vraag op in hoeverre BNB 2002/290 van belang is voor intercompanytransacties. Binnen een concern kwalificeert een verkapte dividenduitkering namelijk niet letterlijk als een bevrediging van de persoonlijke behoefte van de aandeelhouder. Met Valkenburg ben ik van mening dat op deze situaties tevens het systeem van BNB 2002/290 van toepassing is, hoewel de bewoordingen van BNB 2002/290 niet een op een kunnen worden overgenomen voor situaties van concernperikelen.

→ *beroep als zijn feitelijk, in cassatie onaantastbaar, oordeel heeft gegeven, dat de bijdrage van belanghebbende ter ondersteuning van het aan de door de Nederlandse regering in September 1944 afgekondigde algemene spoorwegstaking deelnemende spoorwegpersoneel, strekte om de zaak van het vaderland te dienen en niet een direct bedrijfsbelang beoogde; dat derhalve deze bijdrage niet tot belanghebbendes bedrijfskosten kan worden gerekend.*

98. Deze kwestie is overigens nog niet uitgekristalliseerd. Aardema (in zijn noot onder HR 2 maart 1994, BNB 1994/291) leidt uit HR 28 mei 1969, BNB 1969/164 (alwaar een nv aan de weduwe van de oud-aandeelhouder een onverplicht bedrag betaalde als aanvulling op haar weduwepensioen en waar deze weduwe zich niet van bewust was) dat het voldoende is dat de bevoordelen- de vennootschap zich bewust is van de bevoordeling. Anders Albert, die van mening is dat de dubbele bewustheidseis geldt, zie Albert, P.G.H.; Over onttrekkingen, winstuitdelingen en toetsing van ondernemersbeleid, FED 1995/826.

99. De vraag of er sprake is van een niet-aftekbare winstuitdeling of van een evenmin aftekbare onttrekking, is niet van zuiver semantische aard, anders Albert die in Albert, P.G.H.; Over onttrekkingen, winstuitdelingen en toetsing van ondernemersbeleid, FED 1995/826 de stelling verdedigt dat 'het begrip winstuitdeling kan voor de vennootschapsbelasting net zo goed worden afgeschaft'. Valkenburg merkt in zijn noot onder FED 2002/477 op dat er veel waarheid zit in deze stelling, maar is over deze stelling aanzienlijk genuanceerder dan Albert. Een aspect waarvoor de duiding van de onttrekking van belang is, is hoe de onttrekking dient te worden gekwalificeerd bij de ontvangende partij (in concernverhoudingen). Immers, aangezien de onttrekking niet aftrekbaar is (bijvoorbeeld bij een deelneming), zal de moedervennootschap aannemelijk willen maken dat zij een winstuitdeling heeft ontvangen die onder de deelnemingsvrijstelling kan worden gebracht.

2.6.4 Specifieke renteaftrekbeperkingen

2.6.4.1 Beperking renteaftrek voor financiële dienstverleningslichamen

Per 1 januari 2002 is art. 8c opgenomen in de Wet Vpb 1969. Deze regeling ziet in beginsel op vennootschappen die zich binnen een concern bezighouden met het in- en doorlenen van gelden of het ontvangen en doorbetalen van royalty's (de zogeheten doorstroomvennootschappen). Deze bepaling regelt onder meer dat bij het vaststellen van de winst de binnen een concern ontvangen en betaalde renten ter zake van rechte dan wel in feite direct of indirect samenhangende geldleningen buiten aanmerking blijven, indien de belastingplichtige per saldo geen reële risico's loopt met betrekking tot die geldleningen.¹⁰⁰ Indien als gevolg van art. 8c, lid 1 de ontvangen en betaalde rente bij het bepalen van de winst buiten aanmerking blijft, betekent dit niet dat deze doorstroomvennootschap in het geheel geen belasting behoeft te betalen in Nederland. In art. 8c, lid 3 is namelijk bepaald dat (ongeacht art. 8, lid 1) deze vennootschap in de heffing wordt betrokken voor de door haar verrichte doorstroomactiviteiten.

Art. 8c voorkomt dat financiële dienstverleningslichamen die geen enkel reëel risico lopen en slechts als intermediair fungeren, buitenlandse bronbelasting kunnen verrekenen die drukt op bepaalde renteontvangsten. Door de rente niet tot de Nederlandse belastinggrondslag te rekenen, is de buitenlandse bronbelasting niet verrekenbaar in Nederland. Voorts is, voor het land waar de rentebetaler is gevestigd, de kwalificatie van de renteontvanger (uiteindelijk gerechtigde of niet) veelal van belang om de omvang van het heffingsrecht te bepalen. De bronstaat mag doorgaans immers slechts een in het verdrag opgenomen (gereduceerd) percentage heffen. Met de invoering van art. 8c heeft de staatssecretaris mede oog gehad voor het ondervangen van de schadelijke gevolgen van bepaalde doorstroomactiviteiten voor verdragspartners van Nederland.¹⁰¹

Voor de beantwoording van de vraag of de doorstroomvennootschap reëel risico loopt, moet worden gekeken naar onder meer debiteurenrisico's (voor wiens rekening komt het gevaar van betalingsonmacht van de debiteur), valutarisico's en renterisico's. Indien uitsluitend operationele risico's – zoals schade aan kantoorinrichting en schade in de personele sfeer (zieke werknemers) – worden gelopen, is er vol-

100. Art. 8c ziet ook op royalty's ter zake van samenhangende rechtsverhoudingen. Gelet op het kader van dit onderzoek beperk ik mij hier echter tot rentestromen.

101. Art. 8c moet worden gezien in samenhang met het besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/294, BNB 2001/285. In dit besluit gaf de staatssecretaris al aan wetgeving te overwegen op het punt van de verrekening van buitenlandse bronbelasting bij financiële dienstverleningslichamen binnen concernverband zonder reële aanwezigheid in Nederland. Het besluit betrof het (al dan niet) verstrekken van zekerheid vooraf aan bepaalde financiële dienstverleningslichamen. Tevens wordt in dit besluit aangegeven in welke situaties de Nederlandse fiscus overgaat tot het informeren van de belastingautoriteiten van de verdragspartners over de relevante feiten en omstandigheden in verband met een financieel dienstverleningslichaam (doorstroomvennootschap).

gens de wetgever in beginsel geen sprake van reële risico's ter zake van samenhangende geldleningen of rechtsverhoudingen.¹⁰² In art. 8c, lid 2 is een safe haven opgenomen ten aanzien van het antwoord op de vraag wanneer een belastingplichtige reële risico's loopt. Van een reël risico met betrekking tot samenhangende leningen is sprake, indien het eigen vermogen dat passend is om de risico's te dekken ten minste het laagste bedraagt van de volgende bedragen:

- a. 1% van het bedrag van de uitstaande geldleningen; of
- b. € 2.000.000.

Het enkel hebben van voldoende eigen vermogen is overigens onvoldoende om te slagen voor de reële risicotoets. Belastingplichtige dient met dit eigen vermogen daadwerkelijk risico te lopen; dit vermogen moet in voorkomende gevallen worden aangesproken. Indien een moeder vennootschap volledig garant staat voor de door de belastingplichtige aangegane verplichtingen is geen sprake van het lopen van reële risico's.¹⁰³

Zoals uit art. 8c, lid 1, aanhef en onderdeel a blijkt, wordt renteaftrek niet toegestaan in bepaalde situaties. Art. 8c is daarmee in beginsel een renteaftrekbeperkende maatregel. Gezien het specifieke karakter van de regeling en het feit dat de bepaling meer is gericht op het beperken van de verrekening van bronheffing en dat de bepaling voor een belangrijk deel in het leven is geroepen met het oog op het ondervangen van schadelijke gevolgen van bepaalde doorstroomactiviteiten voor verdragspartners van Nederland, wordt deze renteaftrekbeperking in dit onderzoek niet nader behandeld.

2.6.4.2 Hybride leningwetgeving

Op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 mogen slechts die uitgaven in aftrek op de winst worden gebracht, die naar hun aard ondernemingskosten zijn (zie paragraaf 2.6.3). Indien uitgaven (geheel of gedeeltelijk) afhankelijk zijn van de resultaten van een vennootschap, komen art. 9 en art. 10 in beeld.¹⁰⁴ Hierbij zijn winstuitkeringen die

102. Vergelijk MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 23 en Nota navv, TK 2001-2002, 28 034, blz. 49.

103. Nota navv, TK 2001-2002, 28 034, blz. 49. Het is echter de vraag of dit terecht is. Immers, als een belastingplichtige over een aanzienlijk eigen vermogen beschikt, dan zal bijvoorbeeld de bank zich ten dele (kunnen) verhalen op dit eigen vermogen van belastingplichtige. Ingevolge art. 7:855, lid 1, BW is de borg (de garant staande moeder) niet gehouden tot nakoming, voordat de hoofdschuldenaar (belastingplichtige) in zijn verbintenis is tekortgeschoten. In beginsel kan de dochter echter in ieder geval ten dele zelf aan haar verplichtingen voldoen vanwege haar eigen vermogen. Ik zie de garantiefunctie van de moeder dan ook eerder aan de uitleenkant. Immers, indien belastingplichtige geld uitleent aan een concernvennootschap, dan loopt hij in beginsel risico. Indien de moedermaatschappij garant staat voor deze concernvennootschap loopt niet belastingplichtige het risico, maar de moedervennootschap. In zo'n situatie kan mijns inziens (onder voorwaarden) worden gesteld, dat er geen sprake is van een reël risico voor de belastingplichtige.

104. Door Sillevius en De Vries worden deze uitgaven betiteld als winstverdelende uitgaven, Sillevius L.W. & De Vries N.H.; *Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting*, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.10.B.

worden genoemd in art. 9 in beginsel wel aftrekbaar, terwijl de in art. 10 genoemde winstuitkeringen niet aftrekbaar zijn. Uit de wetsgeschiedenis van deze artikelen blijkt dat zij de twijfel moeten wegnemen of bepaalde uitgaven op grond van art. 7 Wet IB 1964 (tegenwoordig art. 3.8 Wet IB 2001) al dan niet ten laste van de winst mogen worden gebracht.¹⁰⁵

Met ingang van 1 januari 2002 kent art. 10 een specifieke renteaftrekbeperkende maatregel, die bepaalt dat rente op een lening die onder bepaalde voorwaarden is aangegaan niet ten laste van de winst kan worden gebracht, vergelijk art. 10, lid 1, onderdeel d, juncto lid 2, 3 en 4. Het betreft onder meer leningen met een winstafhankelijke rente en een looptijd van meer dan tien jaar. Leningen die onder deze bepaling vallen, worden in ieder geval wat betreft de aftrekbaarheid van de vergoeding en waardefluctuaties van de lening, gelijkgesteld met kapitaal. Deze leningen worden ook wel aangeduid als hybride leningen. In dit onderzoek ga ik in de hoofdstukken 4 en 5 nader in op deze renteaftrekbeperkende maatregelen.

2.6.4.3 Samenhang tussen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting

Huidige wetgeving

In HR 8 juli 1986, BNB 1986/294 – gewezen vóór het per 1 januari 1997 ingevoerde art. 24, lid 4, Wet IB 1964 – oordeelde de Hoge Raad dat een dga niet in de heffing van de inkomstenbelasting kan worden betrokken voor rente die hij niet heeft bedongen ter zake van een lening die hij heeft verstrekt aan zijn vennootschap. In BNB 1986/295 oordeelde de Hoge Raad vervolgens in samenhang met BNB 1986/294 dat, omdat een dga niet in de heffing van de inkomstenbelasting kan worden betrokken voor de fictieve rente, deze fictieve rente evenmin in aftrek kan worden gebracht op de winst van de inlenende vennootschap. In HR 31 mei 1978, BNB 1978/252 (Zweeds grootmoederarrest), stond de Hoge Raad daarentegen wel aftrek van fictieve rente toe in een situatie waarin een moedervennootschap een renteloze lening verstrekke aan een kleindochter.¹⁰⁶

De lijn die de Hoge Raad heeft ingezet met BNB 1986/294-295, heeft niet alleen zijn weerslag gehad op renteloze leningen. Ook in andere situaties werd de benadering ‘geen heffing in de inkomstenbelasting, dan ook geen aftrek in de vennootschaps-

105. In de MvT werd ten aanzien van de verhouding tussen (het voormalige) art. 7 Wet IB 1964 (voorganger van art. 3.8 Wet IB 2001) en artt. 9 en 10 het volgende opgemerkt: ‘Ten aanzien van een aantal punten waaromtrent twijfel zou kunnen rijzen of zij – gelet op het verschil in wezen tussen de bel.pl en een natuurlijk persoon – al dan niet bij het bepalen van de winst in aftrek kunnen worden gebracht, geven de artikelen 8 (9, JvS), 9 (10, JvS) en 10 (11, JvS) een aantal stellige voorschriften, in hoofdzaak overeenkomende met die van de artikelen 13 en 14 van het Besluit’, MvT, Bijlagen Handelingen, TK, 1959-1960, 6000, blz. 18, vergelijk ook de conclusie van A-G Van Soest bij HR 25 januari 1984, BNB 1984/231.

106. Vergelijk in dit verband ook HR 17 december 2004, BNB 2005/169, inzake een Ierse vennootschap die een renteloze lening verstrekt aan een in Nederland gevestigde concernvennootschap. In deze casus – die nader aan de orde komt in hoofdstuk 6 – is een fictieve rente aftrekbaar op het niveau van de Nederlandse debiteur.

belasting' doorgetrokken. In dit verband wijs ik op de door de Hoge Raad in HR 19 juni 1996, BNB 1996/299 en 300 gekozen oplossing met betrekking tot de behandeling van het conversierecht van een converteerbare obligatielening. Zoals ik eerder in paragraaf 2.3.4 aangaf, bestaat de beloning voor het ter beschikking stellen van vermogen bij een reguliere converteerbare obligatielening uit een rentecomponent en een conversierecht. Het rentepercentage van een converteerbare obligatielening is vanwege het verstrekte conversierecht lager dan dat van een 'gewone' obligatielening. Het conversierecht neemt dus zowel voor de vennootschap als voor de obligatiehouder de plaats in van een deel van de normale rente. Onder de Wet IB 1964 werd het conversierecht voor de particuliere aandeelhouder echter niet als zodanig behandeld. In BNB 1996/299 en 300 besliste de Hoge Raad namelijk dat een particulier ter zake van het conversierecht van een converteerbare obligatie geen inkomsten uit vermogen geniet. Het conversierecht wordt namelijk aangemerkt als onderdeel van de bron. In dat kader heeft de Hoge Raad geoordeeld dat – om het evenwicht te bewaren tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting – de vennootschap/emittent geen kosten ter zake van het conversierecht ten laste van zijn winst mag brengen. Bij een warrant daarentegen is een kostenaf trek ter zake van de (los verhandelbare) warrant wel mogelijk. Aangezien het conversierecht, evenals de warrant, economisch de functie van rente vervult, is er sprake van een renteaftrekbeperking voor converteerbare obligatieleningen.

Met de invoering van de Wet IB 2001 is ook de bepaling art. 10b geïntroduceerd. Dit artikel ziet op de behandeling van converteerbare obligatieleningen en warrantleningen voor de vennootschapsbelasting. Op grond van lid 1 van dit artikel is slechts de periodiek betaalde rente op de converteerbare obligatielening aftrekbaar. Kosten ter zake van het conversierecht zijn dus per 1 januari 2001 expliciet bij wet uitgesloten van aftrek. Deze bepaling vormt een verzwaring van de door de Hoge Raad in BNB 1996/299 en 300 geïntroduceerde behandeling van converteerbare obligaties.

De genoemde aftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting vinden hun oorsprong in de relatie met de inkomstenbelasting. Omdat ik mij in dit onderzoek met name richt op financiering in concernrelaties, blijven deze aftrekbeperkingen buiten beschouwing.¹⁰⁷

Wetsvoorstel 'Werken aan winst'

In paragraaf 4.10.4 besteed ik aandacht aan het feit dat in art. 10b (wv) de opvolger van art. 10, lid 4 wordt opgenomen. Door deze transitie van art. 10, lid 4 naar art. 10b (wv) wordt het huidige art. 10b ingetrokken. Zonder nadere wettelijke voorzieningen zou dit betekenen dat wordt teruggekeerd naar HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300. Het terugkeren naar de situatie onder BNB 1996/299-300 zou mijns inziens inhouden dat de kosten ter zake van het conversierecht in de regel aftrekbaar zijn. Op het niveau van de particuliere houder van de converteerbare obligatiehouder is het

107. Voor een uitgebreide behandeling van deze aftrekbeperkingen verwijs ik naar Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF Scriptieprijs, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 119-185.

conversierecht namelijk belast in box 3, zij het op forfaitaire basis. Dit was voor de wetgever – mijns inziens ten onrechte – ook de reden voor invoering van het huidige art. 10b. Uit het wetsvoorstel ‘Werken aan winst’ blijkt dat de staatssecretaris het toestaan van aftrek van het conversierecht nog steeds niet wenselijk acht. Mede tegen de aftrek van conversierechten en warrants is art. 10, lid 1, onderdeel j (wv) gericht.

Voor de behandeling van (werknemers)opties in de vennootschapsbelasting geeft de staatssecretaris aan te willen terugkeren naar de situatie zoals die bestond onder het arrest HR 20 juni 1956, BNB 1956/244.¹⁰⁸

In dat arrest oordeelde de Hoge Raad *‘dat de uitgifte van aandelen door een naamloze vennootschap, zowel wanneer dit á pari als wanneer het met agio plaatsvindt, de winst- en verliesrekening niet raakt’*.

In het wetsvoorstel wordt dit bereikt door art. 9, lid 1, onderdeel h en lid 3 te laten vervallen. Voorts wordt in art. 10 een onderdeel opgenomen dat kort samengevat geen aftrek toestaat bij het uitreiken van onder meer aandelen en opties.

Het voorgestelde art. 10, lid 1, onderdeel j bepaalt namelijk dat bij het bepalen van de winst niet in aftrek komen: *‘bij een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal: uitreiking of toekenning van aandelen in dat kapitaal of in dat van een met die vennootschap verbonden lichaam, van winstbewijzen in de vennootschap of in een met die vennootschap verbonden lichaam, alsmede van rechten om aandelen in dat kapitaal of winstbewijzen in de vennootschap of een daarmee verbonden lichaam te verwerven of van daarmee gelijk te stellen rechten’*.

Deze bepaling is zo ruim geformuleerd dat hieronder niet alleen werknemersopties vallen, maar bijvoorbeeld ook lasten aangaande een converteerbare obligatielening of een warrantlening. In het wetsvoorstel is ter zake van de vergoedingen op dergelijke leningen nog slechts de periodiek verschuldigde rente aftrekbaar. Dit geldt zowel voor warrantleningen als voor converteerbare obligatieleningen.¹⁰⁹ Het wetsvoorstel betekent daarom een achteruitgang voor warrantleningen. Onder het huidige recht is voor een warrantlening – naast de periodiek verschuldigde rente – ingevolge art. 10b, lid 3 de waarde van het warrantrecht bij het aangaan van de lening nog aftrekbaar. Latere waardemutaties raken de winstsfeer niet. Nu wordt dus voorgesteld deze additionele aftrek voor warrantleningen niet langer toe te staan.

De staatssecretaris verdedigt het beperken van de aftrek van optierechten door te stellen dat de vennootschap door de verstrekking van optierechten niet armer wordt, maar dat de deelgerechtigdheid tot het vermogen van de vennootschap potentieel (als de optierechten worden uitgeoefend) alleen wordt verdeeld over meer aande-

108. Zie MvT, TK, 2005–2006, 30 572, blz. 29 en blz. 47–48.

109. Vergelijk onder meer MvT, TK, 2005–2006, 30 572, blz. 48.

len.¹¹⁰ Zijns inziens vormt het verstrekken van deze opties een aandeelhouderslast in plaats van een kostenpost voor de onderneming. Deze aandeelhouderslast komt bij de aandeelhouder tot uitdrukking doordat zijn aandelen door verwatering minder waard worden, wat resulteert in een vermindering van de grondslag in box 3.¹¹¹ De benadering van de staatssecretaris acht ik onjuist. De werknemersopties vormen mijns inziens wel degelijk ondernemingskosten en leiden niet tot een waardedaling van de aandelen van de andere aandeelhouders.

Het betalen in de vorm van een optie kan mijns inziens economisch worden gelijkgesteld met het betalen in de vorm van contanten, die vervolgens door de werknemer worden aangewend voor de aankoop van aandelen. Bij de uitgifte van nieuwe aandelen vindt weliswaar verwatering plaats, maar daar staat een additionele storting van kapitaal tegenover.¹¹² Voor een converteerbare obligatielening geldt mijns inziens hetzelfde. Door de periodiek lagere rente worden de zittende aandeelhouders bevoordeeld (hogere winst door lagere rentelast), zodat zij niet verarmen bij de uitgifte van nieuwe aandelen aan de houders van de converteerbare obligatielening. De invoering van art. 10, lid 1, onderdeel j onderschrijf ik dan ook niet.¹¹³ De staatssecretaris merkt op dat door de invoering van art. 10, lid 1, onderdeel j in combinatie met het intrekken van het huidige art. 10b het verschil in fiscale behandeling tussen warrantleningen, converteerbare leningen en overige leningen waarvan de vergoeding geheel of gedeeltelijk bestaat uit (rechten op) aandelen wordt opgeheven. Deze opmerking is wel juist, maar de gelijkschakeling vindt mijns inziens plaats aan de verkeerde kant.¹¹⁴

2.6.4.4 Antiwinstdrainagebepalingen

Op 13 december 1996 is de Wet 'Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur' in werking getreden.¹¹⁵ Een van de pijlers van deze wet wordt gevormd door aftrekbeperkende maatregelen voor bepaalde

110. Zie MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 28-29 en Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 66. Voor aandelenopties geldt echter wel een (beperkte) overgangsregeling, vergelijk Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 67 en NvW, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 6 (art. VIIIa) en blz. 18.

111. Voor de aandeelhouder die is onderworpen aan een winstbelasting, komt de waardedaling van de aandelen in beginsel ten laste van zijn winst.

112. Deze storting is economisch gelijk aan de contante waarde van de verwachte overwinst.

113. Zie voor kritiek ook Molenaars, M.L.; De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071 en Kok, Q.W.J.C.H.; Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88.

114. Zie MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 29. Mijns inziens dient zowel het conversierecht als het warrantrecht in beginsel aftrekbaar te zijn. De benadering die de wetgever kiest kan in mijn ogen worden gelijkgesteld met het per 1 januari 2007 niet meer aftrekbaar achten van alle arbeidskosten, omdat op die wijze de aftrekbaarheid van reguliere arbeidskosten en de aftrekbaarheid van werknemersopties wordt gelijkgeschakeld.

115. Stb. 1996, 751.

rentebetalingen.¹¹⁶ Het doel van deze wetgeving is het tegengaan van de grondslag-
uitholling van de vennootschapsbelasting door bepaalde financieringsstructuren ten
gunste van verlieslijdende of laag- of niet-belaste concernvennootschappen. Deze
ontwikkeling werd door de fiscus in de uitvoeringssfeer bestreden met het instru-
ment *fraus legis*, maar slechts met beperkt succes. Daarom heeft de wetgever een
aantal nieuwe bepalingen¹¹⁷ ingevoerd, dat ervoor moet zorgen dat renteaftrek niet
(of slechts beperkt) wordt toegestaan in situaties waarin de wetgever renteaftrek on-
gewenst acht. Op deze bepalingen ga ik in hoofdstuk 6 nader in.

2.6.4.5 Aftrekbeperkingen in verband met de deelnemingsvrijstelling

Tot 1 januari 2004 was in de deelnemingsvrijstelling een belangrijke renteaftrek-
beperkende maatregel opgenomen. Op grond van art. 13, lid 1 (oud) kwamen kosten
die verband houden met een deelneming namelijk niet ten laste van de winst, tenzij
deze kosten middellijk dienstbaar waren aan het behalen van in Nederland belastba-
re winst. Dat rentekosten hier ook onder vielen, bleek expliciet uit de tweede volzin
van dit artikel.¹¹⁸ Door de genoemde aftrekbeperking werkte de deelnemingsvrij-
stelling in buitenlandse verhoudingen uit als een nettovrijstelling. De deelnemings-
voordelen zijn weliswaar onbelast, maar de deelnemingskosten waren niet aftrek-
baar. In binnenlandse verhoudingen daarentegen functioneerde de deelnemingsvrij-
stelling (ook toen al) als brutovrijstelling.¹¹⁹ Het Europees Hof van Justitie achtte dit
gemaakte verschil tussen de renteaftrek ter zake van binnenlandse deelnemingen en
buitenlandse (EU-)deelnemingen strijdig met het EU-recht (HvJ EG van 18 septem-
ber 2003, BNB 2003/344, (Bosal)).

Dit arrest betekende een aanzienlijke budgettaire derving voor de Nederlandse
schatkist. Een van de maatregelen om deze budgettaire derving tegen te gaan, was de
invoering van thin-capitalisationwetgeving. Deze wetgeving, per 1 januari 2004 op-

116. Andere pijlers van deze wetgeving zijn enkele wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling zoals de tijdelijke afwaardering van een nieuwe deelneming (afgeschaft met ingang van 1 januari 2006), de invoering van de financiële risicoreserve voor concernfinancieringsmaatschappijen (afgeschaft omdat deze bepaling wordt aangemerkt als staatssteun) en de regeling functionele valuta.

117. Dit zijn de bepalingen art. 10a, lid 1 en 2, art. 15, lid 4 en art. 29a, lid 2. Later zijn deze regelingen aangevuld met art. 14a, lid 8 en is art. 29a, lid 2 vervangen door art. 14b, lid 6. De artt. 14a, lid 8 en 14b, lid 6 beperken in bepaalde gevallen de renteaftrek bij een juridische splitsing respectievelijk een juridische fusie, dit om te voorkomen dat middels een juridische splitsing of fusie hetzelfde resultaat wordt bereikt als door art. 15, lid 4 wordt bestreden. Met ingang van 1 januari 2003 is art. 15, lid 4 vervangen door art. 15ad.

118. Deze volzin luidde als volgt: *'Tot de kosten welke verband houden met een deelneming worden in elk geval gerekend de renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van geldleningen welke zijn aangegaan in de zes maanden voorafgaande aan de verwerving van de deelneming, behoudens voor zover aannemelijk is dat die leningen zijn aangegaan voor een ander doel dan de verwerving van de deelneming'*.

119. Art. 13, lid 1 kwam er in de praktijk namelijk op neer, dat rente ter zake van buitenlandse deelnemingen niet aftrekbaar was, terwijl rente ter zake van binnenlandse deelnemingen wel ten laste van de winst mocht komen.

genomen in art. 10d, beperkt renteaftrek indien en voor zover een vennootschap is gefinancierd met 'te veel' vreemd vermogen. In hoofdstuk 7 ga ik uitgebreid in op deze bepaling, en besteed ik beknopt aandacht aan de in art. 13, lid 1 (oud) opgenomen renteaftrekbeperking.

2.7 Voorlopige indeling nader te onderzoeken renteaftrekbeperkingen

Uit paragraaf 2.6 blijkt dat rente, om uiteenlopende redenen, lang niet altijd in mindering kan komen op de winst. Het bepalen of rente al dan niet aftrekbaar is, is daarom niet eenvoudig. De aftrekbeperkingen zijn namelijk verspreid over een aantal wetsartikelen en zijn onderwerp geweest van verschillende juridische procedures. Omwille van het bewaren van het overzicht heb ik daarom de nader te onderzoeken aftrekbeperkingen ingedeeld in drie categorieën. Elke categorie bestaat uit aftrekbeperkingen die qua aard en strekking met elkaar overeenkomen. Nadat ik de onderscheidenlijke aftrekbeperkingen heb onderzocht, vervolmaak ik deze categorisering in hoofdstuk 7. De categorieën worden dan nader geduid en het overzicht wordt verder uitgebreid met niet nader onderzochte aftrekbeperkingen.

De eerste categorie bestaat uit aftrekbeperkingen die te maken hebben met het hybride karakter van een lening. Binnen deze categorie is het nog mogelijk een verdere onderverdeling te maken. De eerste subcategorie wordt gevormd door de drie uitzonderingen die de Hoge Raad formuleerde in BNB 1988/217, te weten de schijnhandeling, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. In deze gevallen wordt renteaftrek niet toegestaan, omdat de civielrechtelijke lening te veel lijkt op kapitaal of mogelijk wordt geherkwalificeerd tot kapitaal. Tot deze eerste categorie reken ik, als tweede subcategorie, ook art. 10, lid 1, onderdeel d. Door deze bepaling is immers rente ter zake van een geldlening niet aftrekbaar, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen. Deze bepaling lijkt daarmee op de uitzonderingsgevallen van BNB 1988/217. In hoofdstuk 3 ga ik nader in op BNB 1988/217 en de aldaar geformuleerde uitzonderingen. Vervolgens besteed ik in hoofdstuk 4 aandacht aan de hybride leningwetgeving. In hoofdstuk 5 voer ik de secundaire toetsing uit voor de in BNB 1988/217 geformuleerde uitzonderingen, evenals voor art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. In hoofdstuk 6 onderzoek ik de categorie aftrekbeperkingen die kwalificeren als de wettelijke maatregelen tegen winstdrainage; art. 10a, lid 1 en 2, art. 14a, lid 8, art. 14b, lid 6 en art. 15ad Wet. In dit hoofdstuk behandel ik tevens de arresten die hebben geleid tot de totstandkoming van deze artikelen, zoals HR 20 september 1995, BNB 1996/5 (het Plc.-arrest). Het laatste renteaftrekverbod dat in dit onderzoek centraal staat, is opgenomen in art. 10d (thin capitalisation). Dit aftrekverbod wordt nader onderzocht in hoofdstuk 6. Hierbij besteed ik ook aandacht aan de 'voorloper' van art. 10d, te weten art. 13, lid 1.

2.8 Samenvatting en conclusies

In Nederland kennen wij het klassieke stelsel, met de voor het klassieke stelsel kenmerkende dubbele heffing over uitgedeelde winsten. In het klassieke stelsel kent op het niveau van de vennootschap die gelden aantrekt, een belangrijk verschil tussen de behandeling van de vergoeding voor eigen vermogen en de behandeling van de vergoeding voor vreemd vermogen. De vergoeding voor eigen vermogen is namelijk niet aftrekbaar, terwijl een vergoeding voor vreemd vermogen in beginsel wel aftrekbaar is. Het klassieke stelsel en dit verschil in behandeling wordt door de wetgever verdedigd met een beroep op de leer van het globale evenwicht. Bij een globaal evenwicht heeft de fiscaliteit geen effect op de keuze van de rechtsvorm en maakt het vanuit fiscaal oogpunt niet uit of een onderneming persoonlijk dan wel via een vennootschap wordt gedreven. In dit hoofdstuk werd duidelijk dat deze gedachte van het globale evenwicht van de wetgever in de literatuur niet onomstreden is, en dat deze leer een tamelijk magere verdediging is voor het genoemde verschil in fiscale behandeling.

Het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen brengt economische verstoringen mee. Door de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen ontstaat een welvaartsverlies (excess burden). Dit betekent dat het in beginsel mogelijk is om met minder maatschappelijke kosten een gelijk bedrag aan belasting op te halen. Verder blijkt uit empirische studies dat de fiscaliteit zowel de uitdelingsbeslissing als de financieringsbeslissing van vennootschappen verstoort. Verstoring van de uitdelingsbeslissing betekent dat winsten worden ingehouden en geherinvesteerd in de eigen onderneming, in plaats van uitgedeeld en vervolgens op de kapitaalmarkt weer optimaal gealloceerd. Dit brengt mee dat oude gevestigde ondernemingen worden bevoordeeld boven jonge snel groeiende ondernemingen. Het laat zich raden dat dit de dynamiek van een economie niet ten goede komt. Daarnaast wordt schuldfinanciering fiscaal gestimuleerd vanwege de gunstige behandeling van rente ten opzichte van dividend. Hoewel gedeeltelijke schuldfinanciering op zich niet slecht is, maakt (zware) schuldfinanciering ondernemingen minder weerbaar in economisch zwaar weer.

Uit het jaarrekeningenrecht volgt dat een financiële verplichting elke overeengekomen verplichting is om:

- liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij over te dragen; of
- financiële instrumenten te ruilen met een andere partij onder voorwaarden die potentieel nadelig zijn.

Verder blijkt dat hybride financieringsinstrumenten zoals converteerbare obligatieleningen in voorkomende gevallen kunnen of moeten worden gesplitst in een deel eigen vermogen en een deel vreemd vermogen. In de fiscaliteit wordt deze wijze van kwalificatie vooralsnog niet gevolgd door de wetgever en/of de Hoge Raad.

Ook voor het fiscale recht is de duiding van de civielrechtelijke begrippen kapitaal en lening van belang. Uit jurisprudentie blijkt namelijk dat de civielrechtelijke vorm waarin de verstrekking van het vermogen heeft plaatsgehad, in beginsel beslissend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een vermogensverstrekking. Eigen en vreemd vermogen onderscheiden zich in beginsel economisch/civielrechtelijk op de volgende vier punten:

1. eigendom en zeggenschap;
2. tijdsduur van de vermogensoverdracht;
3. vergoeding; en
4. risico voor het ter beschikking gestelde vermogen.

Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is overigens niet altijd even eenvoudig weer te geven. Er bestaan namelijk financieringsvormen die zowel eigenschappen van eigen vermogen als van vreemd vermogen bezitten. Dit zijn de zogeheten hybride financieringsinstrumenten. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan leningen met een winstafhankelijke rente en leningen die wat betreft de betaling van de rente en aflossing zijn achtergesteld bij de concurrente schuldeisers.

Ook op fiscaal gebied bestaan er belangrijke verschillen tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Deze verschillen zien met name op:

- de aftrekbaarheid van de betaalde vergoeding;
- het al dan niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen van voordelen;
- de fiscale behandeling van waardemutaties, zowel bij de geldverstrekker als bij de geldnemer.

Dit betekent volgt dat het vanuit fiscaal perspectief van groot belang is een geldverstrekking correct te kwalificeren.

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat bij de kwalificatie van een vermogensverstrekking als regel een formeel criterium dient te worden gehanteerd. Dit houdt in dat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen. Deze regel lijdt slechts uitzondering indien er sprake is van:

1. een schijnhandeling;
2. een bodemlozeputlening; of
3. een deelnemerschapslening.

In deze drie uitzonderingssituaties wordt de juridische vorm van de vermogensverstrekking fiscaal genegeerd en wordt, wat juridisch als geldlening wordt gezien, fiscaalrechtelijk behandeld als kapitaal. Overigens lijkt de derde uitzondering met ingang van 1 januari 2002 voor een belangrijk deel achterhaald door nieuwe wetgeving inzake een verbod op de aftrek van vergoedingen op en waardemutaties van leningen, die zijn aangegaan onder zodanige voorwaarden dat deze feitelijk functioneren als eigen vermogen. Indien een lening fiscaalrechtelijk ook kwalificeert als een lening, wil dit overigens nog niet zeggen dat de rente op deze lening dan ook fiscaal aftrekbaar is. Er bestaan namelijk verschillende arresten en wetsartikelen die rente-aftrek in bepaalde situaties belemmeren.

In dit onderzoek worden de volgende categorieën van renteaftrekbeperingen nader onderzocht:

- aftrekbeperingen die hebben te maken met het hybride karakter van een lening (hoofdstukken 3 tot en met 5);
- aftrekbeperingen op grond van de Wet wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur (hoofdstuk 6); en
- aftrekbeperingen die thin capitalisation dienen tegen te gaan (hoofdstuk 7).

HOOFDSTUK 3

Jurisprudentiële herkwalificatie van leningen

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 heb ik de bestaande renteaftrekbeperkingen ingedeeld in drie nader te behandelen categorieën. In dit hoofdstuk staat de eerste groep renteaftrekbeperkingen centraal: leningen die kwalificeren als een van de geformuleerde uitzonderingen in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217. Dit arrest en de drie hierin benoemde uitzonderingen (schijn, deelnemerschap en bodemloze put), komen in dit hoofdstuk uitgebreid aan de orde.

In paragraaf 3.2 behandel ik eerst de systematiek van BNB 1988/217. Vervolgens besteed ik aandacht aan de in dat arrest geformuleerde uitzonderingen schijn (paragraaf 3.3), deelnemerschap (paragraaf 3.4) en bodemloze put (paragraaf 3.5). Ik ga voor ieder van deze drie uitzonderingen in op de vraag wanneer rente in aftrek wordt geweigerd, en hoe is vormgegeven aan deze weigering. Hierbij probeer ik voor iedere uitzondering toepassingsvoorwaarden te formuleren aan de hand van de jurisprudentie, en schets ik tevens de achtergrond van de drie uitzonderingen. Vervolgens onderwerp ik deze renteaftrekbeperkingen in paragraaf 3.6 aan een beoordeling aan de hand van het in paragraaf 1.3.2 geschetste toetsingskader. Dit houdt in dat de afzonderlijke renteaftrekbeperkingen (primair) worden getoetst op rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie.¹ Ik sluit dit hoofdstuk in paragraaf 3.7 af met een conclusie.

Tussen de per 1 januari 2002 ingevoerde regelgeving over hybride leningen (art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969) en één van de in BNB 1988/217 onderscheiden categorieën – de deelnemerschapslening – bestaat een nauw verband.² De wetgeving aangaande hybride leningen staat centraal in hoofdstuk 4. Vanwege deze relatie tussen BNB 1988/217 en art. 10, lid 1, onderdeel d, vindt de in hoofdstuk 1 geformuleerde secundaire toets (deelnemingsvrijstelling, dividendbelasting, verdragen en EU-recht) voor deze renteaftrekbeperkingen gezamenlijk plaats in hoofdstuk 5.

1. Voor een nadere invulling van deze begrippen verwijs ik naar paragraaf 1.3.2.
2. Waar ik hierna refereer aan een wettelijke bepaling wordt bedoeld de Wet Vpb 1969 tenzij uitdrukkelijk anders wordt aangegeven.

3.2 Fiscaalrechtelijke kwalificatie van geldleningen

3.2.1 Het systeem

In hoofdstuk 2 kwam het arrest HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 al kort aan de orde. In dit arrest speelde de vraag wanneer er (fiscaalrechtelijk) sprake is van een lening en wanneer van kapitaal. Hoewel (varianties op) deze vraag reeds verschillende malen in de jurisprudentie aan de orde was (waren) geweest, viel er vóór BNB 1988/217 in de jurisprudentie geen helder vastomlijnd systeem te ontdekken ten aanzien van de kwalificatie van een geldverstrekking. Wel wordt uit de eerdere jurisprudentie duidelijk dat de Hoge Raad de leer van het stamkapitaal niet onderschrijft. Voorts blijkt dat de Hoge Raad niet snel overgaat tot het herkwalficeren van leningen tot kapitaal. Tevens is helder dat voor de kwalificatie van een geldverstrekking in beginsel een formeel criterium wordt gehanteerd, zodat in eerste instantie dient te worden gekeken naar de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking. De Hoge Raad verwoordde dit voor het eerst expliciet in HR 18 mei 1949, B 8648. Deze visie herhaalde hij in latere arresten zoals HR 3 november 1954, BNB 1954/357, HR 29 juni 1955, BNB 1955/302 en HR 4 juni 1975, BNB 1975/152.

Pas in 1988, in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, introduceerde de Hoge Raad een op het eerste gezicht helder systeem, waarmee de kwalificatie van een geldverstrekking dient plaats te vinden. Inmiddels heeft de Hoge Raad zijn uitgezette lijn meerdere malen bevestigd, vergelijk bijvoorbeeld HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364.³ Het systeem dat de Hoge Raad heeft geïntroduceerd, werkt als volgt. Voor de kwalificatie van een geldverstrekking dient als regel een formeel criterium te worden aangelegd, zodat de civielrechtelijke vorm waarin de geldverstrekking is gegoten, in beginsel beslissend is voor de fiscale gevolgen. In de volgende drie gevallen gaat deze hoofdregel niet op en is de civielrechtelijke vorm niet doorslaggevend:

1. er is alleen naar de schijn sprake van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid een kapitaalverstrekking hebben beoogd;
2. de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden, dat de crediteur met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de debiteur;
3. de geldlening is verstrekt onder dusdanige omstandigheden, dat het de crediteur reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, dat aan zijn vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat de debiteur het geleende bedrag niet (of niet geheel) zal kunnen terugbetalen (verliesfinanciering).

Indien een 'lening' onder één van deze drie uitzonderingen valt, is de rente die een vennootschap betaalt over een dergelijke 'lening' niet aftrekbaar. Een andere consequentie is in de regel dat een afwaardering op zo'n besmette vordering niet aftrekbaar is, omdat de afwaardering onder de deelnemingsvrijstelling valt.

3. Wel wijs ik op art. 10, lid 1, onderdeel d dat de reikwijdte van de uitzondering deelnemerschap aanzienlijk inperkt, zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 4.

Op het eerste gezicht lijkt het door de Hoge Raad geschetste systeem eenvoudig en duidelijk. Er bestaat een hoofdregel die voorschrijft dat in beginsel de civielrechtelijk vorm wordt gevolgd. Vervolgens bestaan er op deze hoofdregel drie uitzonderingen. Wanneer we dit door de Hoge Raad geïntroduceerde systeem nader bekijken, blijkt dit echter niet altijd even eenvoudig en duidelijk te zijn als het op het eerste gezicht lijkt. Zo is het ten eerste de vraag, hoe de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingen dienen te worden ingevuld. En wat is bijvoorbeeld schijn? Wanneer heeft een schuldeiser deel in de onderneming van de vennootschap en wat zijn de fiscale gevolgen van een herkwalficatie?

Hierna ga ik onder andere in op deze vragen. Hiertoe worden allereerst de drie uitzonderingen apart behandeld, waarna vervolgens het systeem in zijn geheel wordt beoordeeld.

3.2.2 Invulling van de hoofdregel

Om het systeem en de uitzonderingen te kunnen begrijpen, is het noodzakelijk om eerst de hoofdregel ten aanzien van de kwalificatie van geldverstrekkingen nader te bestuderen. Deze is in BNB 1988/217 als volgt geformuleerd: *'Bij de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, dient als regel een formeel criterium te worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen'*. De vraag die rijst bij de bestudering van de hoofdregel, is hoe het begrip 'civielrechtelijke vorm' dient te worden begrepen. Dient men te kijken naar de civielrechtelijke realiteit – met andere woorden: hoe is het werkelijk civielrechtelijk – of dient men te kijken naar de civielrechtelijke presentatie, dat is de naam die de betrokken partijen aan een bepaalde geldverstrekking hebben gegeven? De Hoge Raad schept hieromtrent (vooral nog) geen duidelijkheid. In de literatuur hebben Verseput en Haberham zich uitgelaten over de interpretatie van het begrip civielrechtelijke vorm.⁴ Ik voel het meest voor de door Haberham gekozen interpretatie. Zijn benadering houdt in dat het begrip 'civielrechtelijke vorm' moet worden begrepen als civielrechtelijke presentatie. In de jurisprudentie over de herkwalficatie van leningen doet de Hoge Raad – of beter gezegd: doen de Hoven – (voor zover mij bekend) namelijk niet expliciet onderzoek naar de civielrechtelijke werkelijkheid. In dergelijke procedures wordt namelijk gekeken naar aanknopingspunten die er op wijzen, dat er voor de toepassing van het fiscale recht sprake is van iets anders dan in eerste instantie civielrechtelijk lijkt.

4. Verseput is van mening dat civielrechtelijke vorm moet worden geïnterpreteerd als civielrechtelijke realiteit. In Verseput, J.G.; De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale brochures Fed, Deventer, 1987, blz. 129 (noot 20) schrijft hij namelijk: *'De term "uitzondering" is voor de (... schijnlening, JvS) strikt gezien onjuist; het betreft hier eerder het achterhalen van de werkelijke civielrechtelijke vorm'*. Haberham is van mening dat het begrip civielrechtelijke vorm geïnterpreteerd moet worden als civielrechtelijke presentatie, Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 159-160.

Indien de visie van Verseput de juiste zou zijn, zou men aan de vraag of er sprake is van een fiscaalrechtelijke schijnhandeling waarschijnlijk helemaal niet toekomen. De lening zou al op grond van het civiele recht, worden geherkwalficeerd tot kapitaal. Dit betekent dat er op grond van de hoofdregel geen lening meer bestaat, zodat de eerste uitzondering zich niet kan voordoen. Met Haberham ben ik daarom van mening dat het interpreteren van 'civielrechtelijke vorm' als civielrechtelijke presentatie de juiste oplossing is. Civielrechtelijke herkwalficatie is daartoe niet vereist.⁵

Uit de bestudering van de door de Hoge Raad gekozen formulering van de drie uitzonderingen, blijkt dat deze uitzonderingen nevengeschiedt zijn. Een hiërarchie in de uitzonderingen valt uit BNB 1988/217 dus niet af te leiden. Opgemerkt zij, dat de drie uitzonderingen sterk verschillend zijn. Binnen het systeem van deze uitzonderingen valt het volgende verschil op. Bij de uitzondering 'schijn' zijn de contractpartijen weliswaar op papier een lening overeengekomen, maar hebben de partijen in werkelijkheid beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen. De herkwalficatie is gebaseerd op een wilsovereenstemming, die in werkelijkheid anders is dan op papier. Met andere woorden, bij het herkwalficeren op grond van een schijnlening betreft het een subjectieve toets.⁶ Bij de tweede en derde uitzondering hebben de bij een lening betrokken partijen ook daadwerkelijk een lening beoogd. De herkwalficatie vindt bij deze uitzonderingen plaats op basis van objectieve criteria. Indien de verstrekking van een lening zich materieel niet of nauwelijks meer onderscheidt van de verstrekking van kapitaal, vindt herkwalficatie plaats op grond van de uitzondering deelnemerschap of de bodemlozeputvordering.

3.3 Uitzondering 1: de schijnlening

3.3.1 De schijnhandeling

Voor de toepassing van het (fiscale) recht, en dus ook voor de toepassing van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, gaat men uit van de feiten. Rechtsstoepassing op een schijntoestand leidt immers niet tot recht, maar tot onrecht.⁷ Het blootleggen van een schijnhandeling is dus essentieel voor een goede rechtsvinding. Overigens komt het uitgangspunt dat men voor de toepassing van het (belasting)recht moet kijken naar het wezen in plaats van naar de schijn, niet voort uit BNB 1988/217. Reeds

5. Vergelijk ook IJerman die in het kader van de herkwalficatie van een schijnhandeling aangeeft dat de civielrechtelijke kwalificatie van feiten slechts een interne kwalificatie is bij wege van tussenstap. Hoewel een belastingrechter een civielrechtelijke schijnhandeling wel dient vast te stellen, hoeft hij zich hierover volgens IJerman niet expliciet uit te laten, IJerman, R.L.H.; Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991, blz. 81.
6. Vergelijk Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 161.
7. Vergelijk Bos, E.; Eigen vermogen: schijn of wezen?, Nico de Vries-bundel: 'Veranderd belastingklimaat', Kluwer, Deventer, 1995, blz. 31-32.

in eerdere arresten liet de Hoge Raad zich in bevestigende zin expliciet uit over het adagium dat 'wezen voor schijn gaat'.⁸

Volgens Niessen is er sprake van een schijnhandeling, indien partijen niet de rechtshandeling hebben verricht, die zij voorwenden te hebben verricht.⁹ Geppaart maakt hierbij verschil tussen absolute simulatie en relatieve simulatie.¹⁰ Van absolute simulatie is sprake, indien de schijn wordt gewekt dat er iets is overeengekomen, terwijl dat feitelijk niet het geval is. In werkelijkheid is er geen overeenkomst. Indien een overeenkomst wordt ontmaskerd als absolute simulatie, dient deze 'overeenkomst' voor de toepassing van het fiscale recht geheel buiten beschouwing te worden gelaten. Bij relatieve simulatie wordt daarentegen wel wat overeengekomen, maar iets anders dan men naar derden doet voorkomen.¹¹ Evenals bij absolute simulatie, dient voor een juiste rechtstoepassing ten aanzien van een vorm van relatieve simulatie, de voorgestelde overeenkomst buiten beschouwing te worden gelaten en komt de werkelijke overeenkomst daarvoor in de plaats. Nu partijen bij een relatieve simulatie wel iets zijn overeengekomen, is het voor een juiste rechtstoepassing van belang te achterhalen wat de contractspartijen daadwerkelijk zijn overeengekomen.

De vraag rijst of voor toepasselijkheid van BNB 1988/217 sprake moet zijn van een civielrechtelijke schijnhandeling, dan wel van een fiscaalrechtelijke schijnhandeling.¹² De Hoge Raad heeft zich hierover niet uitgelaten in BNB 1988/217. Naar mijn mening dient er in ieder geval sprake te zijn van fiscaalrechtelijke schijn. Of er al dan niet wordt geconstateerd dat er (tevens) sprake is van civielrechtelijke schijn, is mijns inziens niet van belang. Het draait in het fiscale recht immers slechts om de fiscaal relevante feiten. Het constateren van een civielrechtelijke schijnhandeling zou volgens mij slechts hooguit als tussenstap kunnen fungeren, voor de uiteindelijke fiscaal-

8. Vergelijk in dit verband HR 3 november 1954, BNB 1954/357 en HR 27 juni 1973, BNB 1973/187.

9. Niessen, R.E.C.M.; *Cursus Belastingrecht, deel richtige heffing en fraus legis*, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 1.2.

10. Geppaart, Ch. P.A.; *Fiscale rechtsvinding*, Fed, Amsterdam, 1965, blz. 179.

11. Michielse noemt als voorbeelden van een relatieve simulatie HR 24 februari 1971, BNB 1971/74 en Hof Amsterdam 25 januari 1973, BNB 1974/64, Michielse G.M.M.; *Thin capitalization in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer 1994, blz. 83-84. In beide zaken werd geoordeeld dat de in geding zijnde (schijn)lening feitelijk moest worden aangemerkt als een kapitaalstorting. Een voorbeeld van een absolute simulatie noemt Michielse HR 3 oktober 1934, B 5692. In dit arrest werd een volledig gefingeerde lening tot stand gebracht, zonder dat de schijncrediteur in werkelijkheid enige prestatie verrichtte.

12. Vergelijk de discussie in paragraaf 3.2.2 of er sprake moet zijn van civielrechtelijke realiteit dan wel van een civielrechtelijke presentatie.

rechtelijke beslissing.¹³ Daarom ga ik ervan uit dat in ieder geval de fiscaalrechtelijke schijn dient te worden ontmaskerd, vooraleer men toekomt aan de eerste uitzonderingsregel.

Met Haberham ben ik van mening, dat een civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke schijnhandeling zich doorgaans tegelijkertijd voordoen.¹⁴ Noodzakelijk is dit mijns inziens echter niet.¹⁵ De mogelijkheid bestaat immers dat een geldverstrekking civielrechtelijk niet en fiscaalrechtelijk wel (of andersom) kwalificeert als lening. Dergelijke situaties doen zich bijvoorbeeld voor in het uitzonderlijke geval dat een civiele rechter en een belastingrechter in afzonderlijke zaken een verschillend oordeel hebben over dezelfde lening. In het verlengende van de gedachtegang van Verseput is Bouwman, evenals Arts, daarentegen van mening dat een als schijnlening betitelde geldverstrekking niet slechts een schijnlening is voor het fiscale recht, maar ook voor het civiele recht.¹⁶

Bouwman stelt het zelfs nog sterker. Alleen als er in civielrechtelijke zin sprake is van een schijnlening, kwalificeert deze geldverstrekking zijns inziens als een schijnlening voor de vennootschapsbelasting. Bouwman verwijst hierbij naar HR 3 november, BNB 1954/357.

In dit arrest overwoog de Hoge Raad: *'dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmede een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt gegoten, doch dat het aankomt op*

13. Zoals ik eerder reeds aangaf is ook IJzerman deze mening toegedaan, zie IJzerman, R.L.H.; Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991, blz. 81 en in gelijke zin Haberham in Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 160. Verseput daarentegen meent dat het bij de uitzondering schijn en wezen gaat om de civielrechtelijke schijn, zie Verseput, J.G.; De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale brochures Fed, Deventer, 1987, blz. 129 (noot 20). Diverse Hoven zijn mogelijk eveneens de mening van Verseput toegedaan. Zo overweegt Hof Arnhem in de procedure die leidde tot HR 3 maart 1993, FED 1993/311 dat de onderhavige geldverstrekkingen *'civielrechtelijk (onderstreping JvS) niet moeten worden aangemerkt als geldleningen'*. Hof 's-Gravenhage stelt in zijn uitspraak voorafgaande aan HR 5 september 1990, BNB 1990/303 expliciet dat de in het geding zijnde geldverstrekking zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk niet anders kan worden gezien dan als een echte lening.
14. Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 161.
15. Anders Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 15-16.
16. Verseput, J.G.; De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale brochures Fed, Deventer, 1987, blz. 129, Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 150, Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 80 en 83 en Arts, J.H.M.; Kapitaalstorting voor de vennootschapsbelasting (proefschrifteditie), Maastricht, 1997, blz. 184-185.

wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan'.

Ik vraag mij echter af in hoeverre deze frase van de Hoge Raad de mening van Bouwman nog kan dragen. Mijn inziens merkt De Vries¹⁷ in zijn noot bij BNB 1988/248 terecht op dat een voortgaande ontwikkeling van eigen fiscale rechtsbegrippen valt te concluderen uit BNB 1988/248.

De Vries merkt verder op: 'Werd nog in arrest HR 3 november 1954, BNB 1954/357, geoordeeld "dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan" in het standdaarrest betreffende de informele kapitaalbreng – HR 3 april 1957, BNB 1957/165 met noot van M.J.H. Smeets – werd reeds een opmerkelijke distantie betracht ten opzichte van het civielrechtelijke kapitaalsbegrip, welke lijn zich in later gewezen jurisprudentie onverkort heeft voortgezet'.

Zoals ik hiervoor reeds aangaf, ben ik met IJzerman van mening dat de civielrechtelijke kwalificatie van de feiten – waaronder de constatering dat naar burgerlijk recht sprake is van een schijnhandeling – slechts een tussenstap mag zijn tot de conclusie dat het ook voor het fiscale recht een schijnlening betreft.¹⁸ Het is niet noodzakelijk dat de rechter zich expliciet uitspreekt over de daadwerkelijke civielrechtelijke kwalificatie. Mijns inziens is ook de Hoge Raad deze mening toegedaan. Zo wordt bijvoorbeeld in HR 11 februari 1998, BNB 1998/98 geconcludeerd tot een (fiscaalrechtelijke) schijnlening zonder dat het Hof of de Hoge Raad zich expliciet uitlaten over de civielrechtelijke kwalificatie. Dit geldt tevens voor Hof Amsterdam, 21 oktober 1998, V-N 1999/15.22 en HR 3 november 1999, BNB 2000/31.

3.3.2 De criteria van de schijnlening

3.3.2.1 Wanneer is er sprake van een schijnlening: criteria

Hét criterium voor het aannemen van een schijnlening is dat de wil van de contractsluitende partijen in werkelijkheid is gericht op een kapitaalverstrekking. Zonder deze 'andersluidende wilsovereenstemming' kan van een schijnhandeling geen sprake zijn.¹⁹ Een schijnhandeling is slechts aan de orde, indien beide bij de overeenkomst betrokken partijen iets anders tot stand willen brengen dan zij pretenderen.²⁰

17. Zie De Vries, N.H. in zijn noot onder BNB 1988/248.

18. In dit verband wijs ik ook op HR 15 december 1999, BNB 2000/126, alwaar de Hoge Raad duidelijk heeft aangegeven dat het fiscale recht zijn eigen kwalificatiesysteem kent. Hoogendoorn noemt dit 'de autonomie van het fiscaalrechtelijk kwalificeren', vergelijk zijn noot onder HR 15 maart 2000, BNB 2000/240.

19. Met andere woorden, er bestaat een discrepantie tussen de (economische) realiteit (dat is de commerciële of civielrechtelijke wil) en de fiscale wil. Haberham komt in Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 193 tot een vergelijkbare conclusie.

20. Vergelijk (Niessen, R.E.C.M. in zijn noot bij) HR 26 mei 1993, FED 1993/715.

Het criterium van de 'andersluidende wilsovereenstemming' is echter geen objectief waarneembaar criterium. De invulling van dit criterium dient daarom plaats te vinden aan de hand van feiten en omstandigheden, die wel objectief waarneembaar zijn. In de volgende subparagraaf zal ik deze factoren uit de jurisprudentie proberen af te leiden.

3.3.2.2 *Invulling van de criteria van de uitzondering schijn*

Algemeen

In het verleden hebben de Hoven en de Hoge Raad zich meermalen gebogen over de vraag of er al dan niet sprake was van een schijnlening.²¹ Overigens is de jurisprudentie niet beperkt tot zaken waarin de fiscus aanstuurt op de herkwalficatie van een lening tot kapitaal. Dit is begrijpelijk, aangezien ook een belastingplichtige er in voorkomende gevallen voordeel bij kan hebben, dat een 'vordering' wordt aangemerkt als een kapitaalstorting. Hierbij valt te denken aan het al dan niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling. Een ander aspect dat opvalt bij de bestudering van de jurisprudentie met betrekking tot vermeende schijnleningen, is dat de Hoge Raad niet snel overgaat tot het herkwalficeren van leningen. Voorts wordt duidelijk dat de jurisprudentie over schijnleningen nog steeds niet volledig is uitgekristalliseerd. Er bestaan arresten van zeer vroege datum, zoals HR 31 oktober 1935, B 5952 en HR 7 december 1938, B 6795, maar ook veel recenter nog boog de Hoge Raad zich over de vraag 'schijnlening of niet', vergelijk HR 24 mei 2002, BNB 2002/231. Klaarblijkelijk is het niet eenvoudig duidelijke objectief waarneembare toepassingsvoorwaarden te formuleren om het criterium van de andersluidende wilsovereenstemming in te vullen.

HR 24 februari 1971, BNB 1971/74

Uit HR 24 februari 1971, BNB 1971/74 (een voortzetting van de zaak van HR 6 november 1968, BNB 1971/73), waarin de Hoge Raad uiteindelijk concludeerde tot het bestaan van een schijnlening, blijkt dat het veelal niet eenvoudig om een simulatie:

1. te onderkennen; en
2. te desimuleren.

Dit blijkt wel uit het verschil in opvatting tussen de inspecteur, het Hof 's-Gravenhage en het Hof Leeuwaarden in onderhavig arrest.

21. Omwille van beperking van de omvang van dit onderzoek komt slechts een beperkt aantal van deze arresten beknopt aan de orde. Voor een overzicht en een behandeling van de jurisprudentie inzake schijnleningen tot 1993, verwijs ik naar Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen* verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 172-192. Opgemerkt zij dat ik bij de bespreking van de arresten dezelfde negatieve selectieprocedure aanhoud als Haberham. Deze procedure houdt in dat, tenzij expliciet komt vast te staan dat er sprake is van de uitzonderingen deelnemerschap of bodemloze put, ik er in geval van een herkwalficatie van uit ga, dat de uitzondering 'schijn' aan de orde was. Deze negatieve selectieprocedure is noodzakelijk, aangezien tot BNB 1988/217 geen vastomlijnd kader bestond. De gewezen rechtspraak dient nu met terugwerkende kracht te worden gecategoriseerd.

In BNB 1971/74 verstrekke een enig aandeelhouder een renteloze obligatielening aan zijn in 1960 naar Antilliaans recht opgerichte en op Curaçao gevestigde nv. De looptijd bedroeg vijftig jaar en de lening was te allen tijde aflosbaar. Daarnaast had de vennootschap het recht (maar niet de verplichting) om op verzoek van een obligatiehouder één of meer obligaties af te lossen. In 1961 schonk de aandeelhouder/obligatiehouder een deel van de aandelen en een deel van de obligaties aan haar drie kinderen (waaronder X, belanghebbende). In de daaropvolgende jaren (1961-1965) vonden er geen dividenduitkeringen plaats, maar werden de beschikbare gelden aangewend om – op verzoek van de obligatiehouders – de obligatielening af te lossen. Over het jaar 1964 stelde de inspecteur dat ter zake van de obligatielening een bedrag van NLG 22.400 belastbaar was als opbrengst van roerend kapitaal.²² Eén van de benaderingen van de inspecteur was dat de obligatielening vanwege de renteloosheid ten tijde van de uitgifte een contante waarde had van 40%, zodat slechts 40% van de 'obligatielening' als geldlening was te beschouwen. De resterende 60% zou dan moeten worden aangemerkt als informele kapitaalstorting.²³ Het Hof 's-Gravenhage leek mee te gaan met de subsidiaire stelling van de inspecteur, maar gaf daar een eigen invulling aan. Het Hof oordeelde namelijk dat er voor 40% van de 'lening' een werkelijke renteloze obligatielening was, die met tweënhalf maal het gestorte bedrag zou worden terugbetaald, terwijl 60% was gesimuleerd en in werkelijkheid was bedoeld als (informele) kapitaalstorting. Wanneer er bij vervroegde aflossing van een obligatie méér wordt uitgekeerd dan 40%, dan moest dat meerdere naar de mening van het Hof niet worden gezien als dividend, maar als 'rente'. Deze rente is voor de vennootschap een aftrekbare bedrijfslast en vormt voor de obligatiehouder een belaste 'opbrengst van roerend kapitaal'. De Hoge Raad (BNB 1971/73) kon zich evenwel niet vinden in deze uitspraak omdat het Hof volgens de Hoge Raad geen inzicht had gegeven in de gronden waarop het had geoordeeld. Derhalve vernietigde hij de uitspraak en verwees de zaak door naar het Hof Leeuwarden. Dit Hof (BNB 1971/74) kwam tot de conclusie, dat bij geen van de contractpartijen de wil was gericht op het aangaan van een geldlening. De eindconclusie van het Hof was: *'dat dan ook moet worden aangenomen dat de aflossing van een obligatie in werkelijkheid een uitdeling van NV A is, bij belangh. belastbaar als opbrengst van roerend kapitaal'*. De Hoge Raad volgde de beslissing van het Hof Leeuwarden in BNB 1971/74.

De door het Hof Leeuwarden ontworpen en door de Hoge Raad in BNB 1971/74 gevolgde oplossing lijkt mij de meest juiste. Desalniettemin ben ik met Van Soest (zie zijn noot bij BNB 1971/74) van mening dat in de oplossing van het Hof Leeuwarden een logische schakel ontbreekt. Immers, uit het ontkennen van het bestaan van een geldlening kan men niet zonder meer concluderen dat de aflossingen van de schijnlening dan uitdelingen zijn.²⁴ Het Hof had voor het oordeel 'geen lening wel een uitdeling' nog als tussenstap kunnen overwegen dat vermeende aflossingsbedragen zonder titel door de aandeelhouder aan de nv werden onttrokken en daarom moes-

22. NLG 22.400 correspondeert met NAG 11.200. NAG 11.200 is 4% normale rente van NAG 280.000 het bedrag aan obligaties dat nog in handen is van X. De inspecteur was namelijk van mening dat X moest worden geacht een normale rente van 4% op de obligatielening te hebben genoten, onder gelijktijdige inbreng van dit bedrag als informeel kapitaal in nv A.

23. Daarmee kwalificeerde de 'aflossing' slechts voor 40% als onbelaste aflossing, terwijl de resterende 60% zou moeten worden aangemerkt als belaste verkapte winstuitkering.

24. In gelijke zin Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 184.

ten worden bestempeld als uitdelingen. Het Hof had ook nog een andere mogelijkheid om de tussenstap te maken, namelijk door te overwegen dat de obligatielening niet als geldlening kon worden aangemerkt, en er daarom in wezen sprake was van een informele kapitaalstorting. Vervolgens had het Hof kunnen overwegen dat de teruggave van dit informele kapitaal (voor zover er sprake was van winst), kwalificeerde als een winstuitdeling.²⁵

Dit betekent overigens niet, dat ik de bovenvermelde uitkomst onjuist acht. Het is mijns inziens zeer aannemelijk, dat het Hof impliciet heeft beslist dat de 'lening' in wezen een informele kapitaalstorting was.²⁶ Immers, wat zou de 'lening' anders kunnen zijn geweest dan een informele kapitaalstorting? Winst? Het lijkt mij dat een dergelijke gesimuleerde lening voor de vennootschap geen voordeel uit onderneming kon vormen. Daarom is het mijns inziens dan ook niet aannemelijk, dat de contractpartijen de betaling een voordeel uit onderneming hebben willen laten zijn. Het door belanghebbende geopperde verweer dat de 'lening' feitelijk een onverschuldigde betaling was, acht ik evenmin geloofwaardig. Het lijkt onaannemelijk dat er civielrechtelijk een (schijn)lening wordt overeengekomen, terwijl de wilsovereenstemming is gericht op een onverschuldigde betaling. Een onverschuldigde betaling houdt in dat er zonder rechtsgrond een geldsom is overgegaan.²⁷ In deze situatie was er daarentegen wel degelijk sprake van een rechtsgrond, te weten de 'schijnobligatieovereenkomst'.

Hof Amsterdam 25 januari 1973, BNB 1974/64

Hof Amsterdam 25 januari 1973, BNB 1974/64 is een interessante en belangrijke zaak. Dit is namelijk één van de weinige procedures, waarin belanghebbende zelf stelde dat er sprake was van een schijnlening en deze procedure ook won.

In deze procedure betrof het nv X (belanghebbende), met een belang in de in Afrika gevestigde nv T. In 1959 verstrekte nv X een renteloze lening aan nv T. Hiermee stelde nv X nv T in staat aandelen te nemen in de in Afrika nieuw opgerichte nv P. De inspecteur nam (over het jaar 1967) het standpunt in, dat een deel van de door nv T uitgekeerde dividenden als een vergoeding voor de lening diende te worden aangemerkt. Deze rente zou dan – anders dan het dividend – niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Belanghebbende daarentegen stelde dat hij geen lening had verstrekt, maar dat er feitelijk een kapitaalverstrekking had plaatsgevonden. Slechts om redenen van deviezen technische aard, koos belanghebbende de omweg via nv T in plaats van de aandelen nv P direct zelf te houden.²⁸ Belanghebbende

25. Vergelijk Van Soest in zijn noot onder BNB 1971/74.

26. Dit is volgens verschillende auteurs zoals De Vries N.H., De Vries, R.J.; *Cursus Belastingrecht*, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.2.2.C.c3.I, Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 184, Zwemmer, J.W.; *Lening of kapitaal?*, *Ars Aequi* 37, september 1998, en de Redactie WFR; *Over schijn of wezen. Geldlening of kapitaalbreng*, WFR 1971/709 een plausibele verklaring.

27. Zie art. 6:203 BW.

28. Nv T beschikte namelijk over de faciliteit om dividenden zonder deviezenvergunning over te maken naar haar buitenlandse aandeelhouders.

voerde verder aan dat een dergelijke lening slechts zou worden verstrekt in een moeder-dochterrelatie. Tussen onafhankelijke derden zou een lening op dergelijke voorwaarden niet tot stand zijn gekomen. Bovendien stelde belanghebbende dat de renteloosheid van de 'lening' juist diende om het kapitaalkarakter van de geldverstrekking te benadrukken. Dit verweer van belanghebbende vond gehoor bij het Hof Amsterdam. Het Hof overwoog: *'dat het Hof aannemelijk acht, dat om de door belanghebbende aangevoerde en door de inspecteur niet betwiste deviezentechnische redenen bij de oprichting van en de kapitaalverstrekking aan P door belanghebbende en A²⁹ de omweg via T werd gekozen en dat om genoemde redenen de financiering geschiedde via een renteloze lening in plaats van via een kapitaalvergroting van T; (...) dat mitsdien de meergenoemde lening die renteloos werd verstrekt ter financiering van een kapitaal deelneming, in wezen aangemerkt moet worden als een kapitaalstorting door belanghebbende en A bij haar beider dochtermaatschappij T; dat alsdan geen redenen gevonden kunnen worden om een deel van het door T aan belanghebbende uitgekeerde dividend aan te merken als rente op de aan T verstrekte lening'.*

In BNB 1974/64 liet het Hof de werkelijke wil van de belanghebbende (een kapitaalverstrekking) prevaleren, boven hetgeen civielrechtelijk was overeengekomen (een lening). Op deze wijze werd de civielrechtelijke overeenkomst opzijgezet voor de fiscaalrechtelijke werkelijkheid. Het Hof herkwalficeerde de geldlening tot een kapitaalverstrekking. Uit deze uitspraak van het Hof Amsterdam blijkt dat een schijnlening (gesteld door belanghebbende) wel degelijk kan bestaan, maar dat de constatering tot het bestaan van zo'n schijnlening zeer feitelijk is.

Hof Arnhem 31 januari 1975, BNB 1975/189

In Hof Arnhem 31 januari 1975, BNB 1975/189 werd nader aandacht besteed aan de (dubbele) bewustheid van de vermeende schijnhandeling.

Belanghebbende was sinds eind 1965 houder van eenderde van het aandelenkapitaal van Y PvbA te België. Voorts verstrekte belanghebbende in de jaren 1965-1967 een aantal leningen aan Y PvbA. In casu stelde belanghebbende dat de verstrekte leningen in wezen een kapitaalverstrekking waren, om de waardeverminderingen van een (afgewaardeerde) vorderingen onder de deelnemingsvrijstelling te brengen. Om deze stelling te onderbouwen, voerde hij onder meer aan dat de geldverstrekkingen in de vorm van een lening waren gegoten, omdat de andere aandeelhouders hun positie nog niet wilden prijsgeven. Voorts bestond er nog geen zekerheid over het verkrijgen van een vrijstelling van het in België geheven 'proportionele recht over de te emitteren aandelen. Ten slotte wees hij op het feit dat ten aanzien van de lening geen aflossing en rentebetalingen plaatsvonden. Het Hof stelde evenwel de inspecteur in het gelijk en overwoog: *'dat belanghebbende weliswaar verschillende redenen heeft genoemd waarom de verstrekking van vorenbedoelde gelden niet in de vorm van een vergroting van zijn deelneming in het aandelenkapitaal is geschied, hoewel deze verstrekking van gelden in wezen tot het vennootschappelijk kapitaal is gaan behoren, doch dat naar het oordeel van het Hof uit deze redenen volgt dat belanghebbende aan de verstrekking der gelden de rechten van schuldeiser ontleende en deze rechten als zodanig, zoals uit het door belanghebbende gestelde blijkt, in elk geval tegenover de Belgische aandeelhouders ook in feite voor hem betekenis hadden'.* Vervolgens

29. A was de andere aandeelhouder van nv T.

overwoog het Hof aangaande de wilsovereenstemming: *'dat bovendien wil een geldlening in wezen als een inbreng van kapitaal kunnen worden gezien, noodzakelijk is dat ook de vennootschap de lening als zodanig beschouwt; dat echter reeds uit de overwegingen op grond waarvan de Belgische aandeelhouders uitdrukkelijk nog geen vergroting van het geplaatste aandelenkapitaal wensten, blijkt dat moeilijk kan worden aangenomen dat de vennootschap in de jaren 1965, 1966 en 1967 iets anders dan het aangaan van geldleningen heeft gewild'.*

Belanghebbende werd dus door het Hof in het ongelijk gesteld, omdat er volgens het Hof tussen X bv en Y PvbA geen wilsovereenstemming had plaatsgevonden die wees op het aangaan van een informele kapitaalverstrekking. Uit deze uitspraak van het Hof Arnhem valt mijns inziens de belangrijke conclusie te trekken dat, (in ieder geval volgens het Hof) de wil van beide bij de lening betrokken partijen van belang is voor de aanwezigheid van een schijnhandeling. Met andere woorden: wil er sprake zijn van een schijnhandeling, dan dient de wil van beide partijen te zijn gericht op een schijnhandeling.³⁰ In situaties van gelieerdheid, bijvoorbeeld in de relatie tussen een dga en zijn eenmans-bv, of in de relatie tussen een moedervennootschap en haar dochtervennootschap, is deze wilsovereenstemming doorgaans evident, of wij moeten te maken hebben met een schizofrene dga of moedermaatschappij.

Onomstreden is BNB 1975/189 overigens niet. Op het eerste gezicht lijkt er niets op tegen dat het Hof rekening houdt met de wil van andere aandeelhouders. In deze casus laat het Hof echter de wil van de vennootschap afhangen van een groep minderheidsaandeelhouders. Haberham merkt hierover op: *'Wel is het merkwaardig dat het Hof de wil van Y P.v.b.A overwegend laat afhangen van de wil van de Belgische minderheidsaandeelhouders'.*³¹ Ook Schonis ziet niet in, waarom het Hof de wensen van de minderheidsaandeelhouders opvat als een wilsuitering van de vennootschap. Hij onderstreept bovendien dat het de minderheidsaandeelhouders niet zal uitmaken in welke hoedanigheid de geldverstrekking plaatsvindt, zolang hun zeggenschap maar niet wordt aangetast.³²

HR 31 mei 1978, BNB 1978/252

Ook in het arrest van HR 31 mei 1978, BNB 1978/252, dat in de fiscale literatuur bekendheid geniet onder de naam Zweeds-grootmoederarrest, was sprake van een schijnlening.³³

30. In gelijke zin Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 175.

31. Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 175.

32. Schonis, H.M.N.; *Recente ontwikkelingen in de belastingheffing van ondernemingen*, Fed, Deventer 1985, blz. 96.

33. In deze procedure was de renteaftrek van twee leningen in het geding (schuld I en schuld II). Vergelijk A-G Van Soest in zijn conclusie bij BNB 1978/252. Schuld II betrof een renteloze schuld van X Nederland bv aan haar Zweedse grootmoeder. Voor de cassatieprocedure was slechts deze schuld II nog relevant. Hierna beperk ik mij tot de aspecten met betrekking tot de eerste schuld.

In geding was de aftrek van een fictieve rentelast op een renteloze schuld van ZKR 1.440.000 van X bv (belanghebbende) aan haar Zweedse moeder A in verband met de aankoop van de aandelen X Nederland bv. X bv en X Nederland bv vormden vervolgens tezamen een fiscale eenheid. De inspecteur was van mening dat de lening kwalificeerde als informeel kapitaal en daarom stond hij renteaftrek niet toe. Het Hof stelde de inspecteur in het gelijk en overwoog: '(...) dat immers X Nederland b.v. door A met een geplaatst en volgestort aandelenkapitaal van f 1.000.000 is opgericht, waarvan Kr. 1 440 000 de tegenwaarde vormt, waaruit volgt, dat dit bedrag door A als risicodragend was bedoeld (onderstreping JvS): dat A weliswaar kort na de oprichting de aandelen X Nederland b.v. aan belanghebbende heeft overgedragen, maar zulks – naar tussen partijen vaststaat – uitsluitend heeft gedaan met het doel om X Nederland b.v. met belanghebbende een fiscale eenheid te laten vormen; dat het Hof aan het feit, dat A met belanghebbende niet een overeenkomst van geldlening tegen een bepaalde rente heeft gesloten doch het bij een tegoed-schrijving van Kr. 1 440 000 heeft gelaten, het vermoeden ontleent, dat A bedoeld bedrag als risicodragend kapitaal is blijven beschouwen (onderstreping JvS), waaruit volgt, dat zij de eventuele voordelen van X Nederland b.v. door middel van uitkeringen op de aandelen van belanghebbende wenst te genieten dan wel door middel van koerswinsten op die aandelen; dat in die zin het bedrag van Kr. 1 440 000 voor belanghebbende kapitaal (onderstreping JvS) vormt en de niet bedongen rente derhalve niet tot de zogenaamde informele kapitaalstortingen behoren'. Uit (de door mij onderstreepte passages in) het bovenstaande citaat blijkt dat het Hof hier (evenals de inspecteur) een schijnhandeling aanwezig achtte. Belanghebbende bestreed dit oordeel van het Hof niet.

De herkwalficatie van de schuld is in de literatuur echter niet onomstreden.³⁴ Hoogendoorn, Hofstra en Haberham kunnen zich allen vinden in het oordeel van het Hof dat belanghebbende geen recht heeft op aftrek van de fictieve rente. Met de herkwalficatie van de lening tot kapitaal, zijn zij het echter met het Hof oneens. Hoogendoorn ziet de schuld als een direct opeisbare concurrente vordering en neemt aan dat de renteloosheid van de schuld verband houdt met het feit dat X bv geen winst maakt. Dit zou dan met zich brengen dat er sprake was van een winstafhankelijke rente op een lening die door de aandeelhouder (als zodanig) is verstrekt, zodat er op grond van vaste jurisprudentie geen renteaftrek mogelijk was. Ook Hofstra ziet de schuld niet als kapitaal. Een fictieve renteaftrek dient naar zijn mening echter niet plaatst te vinden, omdat hij van mening is dat renteloosheid niet samenhangt met de gelieerdheid van A en X bv. In zijn visie handelen beide vennootschappen juist volstrekt zakelijk.³⁵ Haberham, ten slotte, ziet een beroep op *fraus legis* als een derde mogelijkheid om te concluderen tot niet-aftrekbaarheid van fictieve rente ter zake van de schuld, indien door de transactie geen wezenlijke verandering van de feitelijke verhoudingen is opgetreden en er voorts geen compenserende heffing plaatsvindt in Zweden.³⁶

34. Hofstra, H.J. in zijn noot bij BNB 1978/252, Hoogendoorn, J. in zijn noot bij FED Vpb '69: Art. 8:5 en Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 187 plaatsen vraagtekens bij de beslissing van het Hof.

35. Een onafhankelijke derde zou 'niet bereid zijn terzake van de schuldig gebleven koopsom bovendien een renteverplichting op zich te nemen zolang het "gestalde" pakket geen opbrengst oplevert', Hofstra, H.J. in zijn noot onder BNB 1978/252.

36. Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 188.

Indien in de casus van BNB 1978/252 werkelijk sprake was van een lening en de benadering van het Hof dus niet zou zijn gevolgd, is er naar mijn mening onder de huidige wetgeving in elk geval geen ruimte meer voor renteaftrek. Immers, met de invoering van art. 10a, lid 2, onderdeel b is de verschuldigde rente ter zake van een interne lening die is aangegaan in verband met een 'interne verhangings', (behoudens het wettelijk vastgelegde tegenbewijs) niet langer aftrekbaar van de winst. Voorts zou in een dergelijk feitencomplex art. 15ad (temporiserings van de renteaftrek) nog aan de orde kunnen komen. Op deze twee bepalingen ga ik in hoofdstuk 6 nog uitgebreid in.

Hof Arnhem 27 september 1996, V-N 1996/537

In deze zaak liet het Hof zich uit over een situatie waarin een lening deels werd omgezet in aandelenkapitaal en deels werd kwijtscholden. Het Hof kwam tot de conclusie dat in casu geen sprake was van een informele kapitaalstorting. Daaraan deed niet af dat pas in een later stadium werd beslist over de definitieve vorm van de geldverstrekking. Gelet op de feiten in deze zaak, is deze conclusie mijns inziens de enige juiste. De redactie van Vakstudie-Nieuws constateert dat niet kan worden ontkend dat de aandeelhouder kennelijk in zijn kwaliteit als aandeelhouder de gelden fourneerde, aangezien derden (banken) het lieten afweten bij de financiering. De redactie vervolgt dat dit gegeven in casu niet relevant was voor de fiscale duiding, waarmee volgens hen sprake is van een inbreuk op de zakelijkheid als bepalend criterium voor de beoordeling van gelieerde verhoudingen. Uit de gedingstukken blijkt mij echter niet dat de banken het zonder meer lieten afweten. De banken eisten 'slechts' aanvullende zekerheden van de aandeelhouder. Indien belanghebbende inderdaad garant had gestaan voor de schulden van haar dochter, dan had de dochter waarschijnlijk een 'at arm's length'-garantievergoeding moeten betalen aan haar aandeelhouder. In een situatie waarin de aandeelhouder echter geen aanvullende zekerheden wil verstrekken aan de bank, kan hij de lening ook zelf verstrekken. De vergoeding dient dan te bestaan uit een zakelijke rente die de banken zouden hebben geëist op een gegarandeerde lening, plus een additionele risico-opslag. Van een bodemlozeputlening kan mijns inziens geen sprake zijn, aangezien banken normaliter geen lening zullen verstrekken indien 'reeds aanstonds duidelijk' is dat zij deze gelden niet zullen terugkrijgen van de schuldenaar. Dat de moeder garant staat voor de schuld van haar dochter doet hieraan mijns inziens niet af. Blijkens de Hofuitspraak waren partijen overigens eensluidend van oordeel, dat in casu geen sprake was van verliesfinanciering. Ik ben het dan ook niet eens met de opmerking van de redactie van Vakstudie-Nieuws, dat de aandeelhouder de lening kennelijk in zijn hoedanigheid als aandeelhouder heeft verstrekt omdat banken het lieten afweten. Van een inbreuk op de zakelijkheid als bepalend criterium voor de beoordeling van gelieerde verhoudingen is mijns inziens in beginsel dan ook geen sprake.

HR 21 oktober 1998, V-N 1999/15.22

In V-N 1999/15.22 kwam het Hof Amsterdam tot de conclusie 'schijn', in een casus die veel weg had van een situatie van verliesfinanciering.

Ten aanzien van de subsidiaire stelling van de inspecteur dat het in 1990 afgewaardeerde bedrag, voor zover dat betrekking had op de toename van de rekening-courantvordering in dat jaar, al bij de verstrekking in 1990 als kapitaal had te gelden, oordeelde het Hof – na eerst te refereren aan BNB 1988/217 – als volgt: *‘Het Hof acht aannemelijk dat weliswaar sprake was van enig zakelijk belang voor belanghebbende om een faillissement of surséance van E NV te voorkomen, doch naar ’s Hofs oordeel stond zulks niet voorop. Immers, er was feitelijk – naar belanghebbende ter zitting heeft erkend – sprake van tekort-financiering (onderstreping JvS); (...). Een dergelijke geldverstrekking vindt niet in de eerste plaats zijn grond in de eigen bedrijfsvoering van belanghebbende, doch veeleer in het bestaan van het concernverband als zodanig. (...) Of-schoon reeds ultimo 1989, althans uiterlijk in maart 1990, was gebleken dat vermoedelijk een aanmerkelijk deel van deze gelden “à fonds perdu” (onderstreping JvS) zou worden gestort, is de financiële relatie tussen belanghebbende en E NV niet gewijzigd en zijn door belanghebbende geen nadere voorwaarden (zoals zekerheden) aan de voortdurende financiering gesteld. (...) De inspecteur heeft gemotiveerd gesteld dat de financiering van E NV door belanghebbende op zodanige wijze is geschied dat belanghebbende de verliezen inzake de “kwestie F”³⁷ voor eigen rekening heeft genomen, dat uitgesloten moet worden geacht dat ook een onafhankelijke derde daartoe bereid zou zijn geweest, dat belanghebbende de onderhavige geldverstrekkingen derhalve slechts in haar hoedanigheid van aandeelhouder van E NV kan hebben gedaan en zulks ook heeft beoogd, en dat derhalve sprake is van een (informele) kapitaalstorting. (...) Aan de hiervóór onder 5.3.4 tot en met 5.3.9 beschreven omstandigheden ontleent het Hof, met de inspecteur, het vermoeden dat in elk geval vanaf 1 januari 1990 in werkelijkheid geen sprake is geweest van de verstrekking van een geldlening en dat, ten minste met betrekking tot de gelden inzake de “kwestie F” gerelateerde verliezen van E NV, is beoogd deze als kapitaalverstrekking aan E NV ten goede te doen komen en dat zowel belanghebbende als E NV zich daarvan destijds ook bewust waren. Bij zijn voorgaande oordeel neemt het Hof mede in aanmerking dat aannemelijk is geworden dat in het onderhavige geval een derde/crediteur de financiering van E NV niet tot hetzelfde bedrag en onder dezelfde voorwaarden zou hebben voortgezet’.*

Hoewel ik mij op zich wel kan vinden in de einduitkomst van deze zaak, vraag ik mij met de redactie van de Vakstudie-Nieuws (V-N 1999/15.22) af, waarom het Hof komt tot de uitzondering schijn. Gezien het oplopen van de vordering gedurende het jaar 1990 in verband met het oplopende verlies van E nv en het feit dat blijkens r.o. 5.3.8 uiterlijk in maart 1990 was gebleken dat *vermoedelijk* een aanmerkelijk deel van deze gelden ‘à fonds perdu’ werd gestort, leek de in BNB 1988/217 geformuleerde uitzondering van de bodemlozeputlening meer voor de hand te liggen. Wellicht dat het woord ‘*vermoedelijk*’ in r.o. 5.3.8 er op duidde dat het ‘aanstonds duidelijk’-criterium niet hard (genoeg) viel te maken, zodat het Hof uit veiligheidsoverwegingen koos voor de uitzondering schijn.

HR 3 november 1999, V-N 1999/53.14

In V-N 1999/53.14 betrof het een intern gefinancierde interne verhangings, waarbij de financiering enige tijd later werd omgezet in eigen vermogen.

37. E nv deed als bemiddelaar sinds 1987 ook zaken met verzekeraar F in Griekenland. De kwestie F betreft een geschil tussen E nv en verzekeraar F. Dit geschil vormt een aanzienlijke schadepost voor E nv in de vorm van aanzienlijke afboekingen op vorderingen van E nv op F.

Dienaangaande overwoog het Hof: *'Uit de hiervoor onder 5.2 tot en met 5.6.2 genoemde omstandigheden leidt het Hof af dat de moeder reeds eind 1990 heeft beoogd de koopsom van de aandelen als kapitaalstorting aan belanghebbende ten goede te doen komen en dat de moeder en belanghebbende zich daarvan destijds ook bewust waren. Kennelijk zijn de aandelen in verband met de voorgenomen fiscale eenheid per 1 januari 1991 in formele zin spoedshalve verkocht tegen een renteloos schuldig gebleven koopsom in afwachting van een uitbreiding van het aandelenkapitaal van belanghebbende. De wijze van administreren van het ter beschikking gestelde bedrag bij belanghebbende en de moeder kan aan dit oordeel niet afdoen'.*

Het Hof stelde dus vast dat was beoogd kapitaal te storten door de aandeelhouder in belanghebbende en dat niet was beoogd een tijdelijke lening te verstrekken. De Hoge Raad oordeelde in cassatie dat het voorgestelde middel niet kon leiden tot cassatie en dat dit oordeel gezien art. 101a (thans art. 81), Wet op de rechterlijke organisatie geen nadere motivering behoeft.

Het is belangrijk op te merken dat de snelle omzetting van de 'lening' in formeel kapitaal op zich niet voldoende is om de lening te herkwalficeren.³⁸ Deze constatering is relevant, aangezien het zeker niet ondenkbaar is dat er voor een aandelenoverdracht door een concernvennootschap in eerste instantie (tijdelijk) intern wordt geleend, voordat de definitieve financieringsbeslissing wordt gemaakt.³⁹ Voorts zij opgemerkt, dat deze situatie een schoolvoorbeeld is van het eind 1996 geïntroduceerde art. 10a, lid 2, onderdeel b (zie hiervoor nader hoofdstuk 6). Dit zou in dit geval betekenen dat als de lening een lening was gebleven, de rente na invoering van art. 10a in beginsel niet aftrekbaar zou zijn geweest, behoudens het wettelijk bepaalde tegenbewijs.

Hof Amsterdam 5 februari 2001, V-N 2001/16.16

Ook uit Hof Amsterdam, 5 februari 2001, V-N 2001/16.16 blijkt dat de rechterlijke macht niet snel concludeert tot de herkwalficatie van een geldverstrekking.

In casu slaagde de inspecteur er niet in aan te tonen dat de lening verstrekt door X-a AG, de Zwitserse moeder van belanghebbende (een autohandel) kwalificeerde als een schijnlening. Het Hof was namelijk van mening dat belangende: *'(...) voldoende (heeft, JvS) weersproken dat de geldlening niet onder gebruikelijke, zakelijke condities is aangegaan. Het Hof acht niet onaanneemelijk dat de geldlening op zakelijke basis is verstrekt op grond van de winstprognoses en de bij X-a AG als enig aandeelhouder vermoedelijk bekende gang van zaken bij belanghebbende (onderstreping JvS) op het moment van de verstrekking van de geldlening en de verhoging van de hoofdsom. (...) Het is naar het oordeel van het Hof alsdan aanneemelijk dat ook een derde een geldsom aan belanghebbende zou hebben geleend temeer nu, naar belanghebbende heeft gesteld en de Inspecteur niet heeft bestreden, in de hoogte van het in 1993 bedongen rentepercentage het risico is verdisconteerd'.* Van informeel kapitaal in de vorm van een schijnlening was dan ook geen sprake.

38. Vergelijk ook het hierboven besproken V-N 1996/537.

39. In gelijke zin de redactie van Vakstudie-Nieuws onder V-N 1999/5.14.

Hoewel deze zaak weinig nieuwe inzichten biedt, valt één aspect wel op. Bovenstaande door mij onderstreepte passage wijst in de richting dat een lening zakelijk kan zijn, ook als een onafhankelijke derde een bepaalde lening niet wil/durft te verstrekken. De reden hiervoor is de informatievoorsprong van de crediteur/aandeelhouder ten opzichte van de crediteur/derde. Overigens blijft de vaststelling dat onafhankelijke derden niet bereid zijn een bepaalde financiering te verstrekken, mijns inziens wel een heel sterke aanwijzing dat een lening niet zakelijk is. De enkele vaststelling hiervan is evenwel geen grondslag voor herkwalficatie. Voorts zij nog gewezen op het feit dat het Hof mijns inziens terecht oordeelt dat degene die meent dat moet worden afgeweken van de civielrechtelijke vormgeving (een geldlening), hiervoor de bewijslast draagt.⁴⁰

HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364

Uit BNB 2001/364 blijkt wederom dat de Hoge Raad zeer behoedzaam blijft met het herkwalficeren van leningen tot kapitaal. Opvallend aan dit arrest is dat de Hoge Raad expliciet aangeeft, dat hij slechts de drie bekende uitzonderingen van BNB 1988/217 erkent en geen ruimte ziet voor andere uitzonderingen.

Dienaangaande overwoog de Hoge Raad namelijk: *'Deze regel (dat is de regel dat voor de kwalificatie van een geldverstrekking in beginsel een formeel criterium moet worden aangelegd, JvS) lijkt in drie (onderstreping JvS) gevallen uitzondering, te weten (...) (schijn, deelnemerschap en bodemloze put, JvS)'.*

Deze constatering is opmerkelijk, aangezien de Hoge Raad in BNB 1988/217 met de woorden *'is ook (onderstreping JvS) uitgezonderd'* de deur leek open te houden voor eventuele andere uitzonderingen.⁴¹ Met zijn formulering in BNB 2001/364 gooit de Hoge Raad de deur naar andere uitzonderingen echter op slot.

In dit kader kan ik de overweging van het Hof Amsterdam 26 juni 2002, V-N 2002/33.2.6 (gewezen na BNB 2001/364) echter slecht plaatsen. Het Hof overweegt naar aanleiding van de opmerking van belanghebbende dat er naast de drie uitzonderingen van BNB 1988/217 c.q. BNB 2001/364 nog een vierde uitzondering is. Het betreft een lening waarvan niet reeds aanstonds duidelijk is dat deze niet wordt terugbetaald, maar die een onafhankelijke derde desalniettemin niet zou verstrekken, ook niet tegen een hogere rente.

Dienaangaande overweegt het Hof als volgt: *'Naar 's Hofs oordeel is van het bestaan van een vierde categorie zoals belanghebbende bedoelt geen sprake. Nog afgezien van het antwoord op de vraag of de drie onder 5.1.2 vermelde categorieën van uitzonderingsituaties limitatief zijn in die zin dat zich niet daarnaast nog een of meer situaties kunnen voordoen van (een) als kapitaalver-*

40. Het Hof overweegt namelijk: *'Voor het onderhavige geval betekent dit dat als uitgangspunt kan worden genomen dat sprake is van een geldlening van X-a AG aan belanghebbende'.*

41. Vergelijk Van den Bos, A.J.; Stamkapitaal, verliesfinanciering en duurzame financieringsvordering, WFR 1988/895 en Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer 1994, blz. 62.

strekking te herkwalficeren geldlening(en), vermag het Hof niet in te zien waarom de hier door belanghebbende bedoelde "normale" onzakelijke lening – in het geval waarin geen sprake is van schijn als bedoeld ten aanzien van de leningen uit categorie (i) – reeds uit dien hoofde voor fiscale doeleinden als kapitaal zou moeten aangemerkt'.

Aangezien de Hoge Raad in BNB 2001/364 naar het zich laat aanzien heeft geoordeeld dat het limitatieve uitzonderingen betreft, wekt het oordeel van het Hof Amsterdam bevreemding. Dit Hof lijkt namelijk – anders de Hoge Raad – de deur naar eventuele andere uitzonderingen niet zonder meer te willen dichtslaan.

HR 24 mei 2002, BNB 2002/231

In BNB 2002/231 was in geding de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van een leverancierskrediet, waarvan de rente in Duitsland (deels) niet aftrekbaar was.

Belanghebbende wenste (primair) een (renteloos) leverancierskrediet dat was verstrekt aan een Duitse deelneming aan te merken als informeel kapitaal.⁴² De Hoge Raad overweegt – na het memoreren van de systematiek van BNB 1988/217 – dienaangaande: '(...) De stukken van het geding laten geen andere gevolgtrekking toe dan dat geen van deze situaties (dat zijn de uitzonderingsituaties van BNB 1998/217, JvS) zich voordoet. Ook indien, zoals belanghebbende heeft aangevoerd, sommige van haar facturen aan B GmbH 15 tot 20 maanden hebben opengestaan, rechtvaardigt dat niet de conclusie dat het aldus door belanghebbende verleende leverancierskrediet tot één der hiervoor bedoelde uitzonderingsgevallen kan worden gerekend. Het middel kan dan ook, wat er zij van de door het Hof voor zijn uitspraak gegeven motivering, niet tot cassatie leiden'.

In deze zaak is mij niet geheel duidelijk welke uitzondering van BNB 1988/217 belanghebbende voor ogen had. De krediettermijn bedroeg maximaal tussen de vijftien en twintig maanden. In BNB 1988/208 oordeelde de Hoge Raad dat er bij een vaste looptijd van vijftig jaar geen sprake was van een deelnemerschapslening.⁴³ De

42. Dit kwam waarschijnlijk voort uit het feit dat een van de uitkomsten van een in het kader van een boekenonderzoek gesloten compromis tussen de Duitse deelneming en de Duitse fiscus was, dat de door de Duitse deelneming aan belanghebbende betaalde rentevergoeding voor 60% als (niet-aftrekbare) verkapte dividenduitkering werd aangemerkt en dat slechts de resterende 40% aftrekbaar was. Subsidiair was in geschil of de inspecteur op grond van respectievelijk het Nederlandse internationale belastingrecht, dan wel art. 4 van het zogenoemde arbitrageverdrag, dan wel art. 13 van het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en Duitsland, alsmede art. 4 van Moeder-Dochterrichtlijn gehouden was het standpunt van de Duitse fiscus over de kwalificatie voor de niet-aftrekbare 60% te volgen. Kort samengevat merkte het Hof Den Haag dienaangaande op, dat de Nederlandse belastingrechter bij de toepassing van deze bepalingen geen taak heeft. Deze taak is weggelegd voor (de hoogste belastingautoriteiten van) de verdragsluitende staten respectievelijk de lidstaten zelf. Kruiswijk merkt in haar noot onder FED 2002/430 op dat het Hof niet nader ingaat op belanghebbendes beroep op de Moeder-Dochterrichtlijn. Kruiswijk vraagt zich echter af waarom het Hof hier niet nader op ingaat. Mijns inziens kan het antwoord worden gevonden in het feit dat een belanghebbende zich niet direct kan beroepen op de M-D richtlijn als een bepaald begrip niet duidelijk is. Dit laatste lijkt in casu het geval, zodat het beroep van belanghebbende op de M-D richtlijn hem geen soelaas biedt.

43. Vergelijk in dit verband HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83.

uitzondering deelnemerschap zal dus kennelijk niet beoogd zijn. Van één van de andere twee uitzonderingen (schijn of bodemloze put) is in casu mijns inziens evenmin sprake. De redactie van Vakstudie-Nieuws (V-N 2002/33.20) merkt terecht op dat belanghebbende in theorie nog een tweede escape had, namelijk door aannemelijk te maken dat de rentebetalingen verkapt dividend waren omdat tussen onafhankelijke partijen geen of een lagere rente overeen zou zijn gekomen. Aangezien het Hof heeft vastgesteld dat de afspraken tussen X nv en B GmbH zakelijk waren, bood deze theoretische tweede escape evenmin uitkomst voor belanghebbende.

Hoewel ik mij kan vinden in de beslissingen van het Hof en de Hoge Raad, is de uitkomst van deze zaak allerm minst bevredigend te noemen. Immers vanwege een internationaal kwalificatieverschil raakt een deel van de renteaftrek tussen de wal en het schip. Het is nu maar de vraag of in casu overleg tussen Nederland en Duitsland dan wel arbitrage leidt tot een bevredigend resultaat.

Hof 's-Gravenhage, 7 juli 2004, V-N 2004/53.18

In Hof 's-Gravenhage, 7 juli 2004, V-N 2004/53.18 blijkt wederom dat rechters terughoudend zijn met de herkwalficatie van leningen, zelfs als de leningsvoorwaarden enigszins ongebruikelijk zijn.⁴⁴

In casu betrof het een lening waarvoor geen leningovereenkomst was opgemaakt, de rente werd bijgeschreven en er was geen aflossingsschema overeengekomen. Dienaangaande overwoog het Hof: *'Deze omstandigheden zijn op zichzelf onvoldoende om tot een onzakelijkheid te concluderen, zulks mede in het licht van hetgeen hierna in 6.4 wordt overwogen'*. Verder refereerde het Hof aan BNB 1988/217 en oordeelde dat *'de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat belanghebbende als geldverstrekker en B en C als geldnemers in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen'*. Van een bodemlozeputvordering en een deelnemerschapslening was evenmin sprake.

Hof Amsterdam 7 september 2004, V-N 2005/9.12

Hof Amsterdam 7 september 2004, V-N 2005/9.12 ligt in de lijn van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie. Ondanks het feit dat de leningsvoorwaarden bijzonder waren, werd – mijn inziens terecht – niet geconstateerd tot herkwalficatie.⁴⁵

In casu betrof het een vordering-schuldverhouding tussen een dga en zijn bv onder de volgende voorwaarden. De looptijd was dertig jaar, de debiteur mocht vervroegd aflossen en er was een enkelvoudige rente verschuldigd van 11% per jaar, die pas aan het einde van de looptijd vorderbaar en inbaar was. Langs de lijn van BNB 1988/217 oordeelde het Hof dat er geen ruimte was voor de herkwalficatie van de lening: *'De inspecteur heeft niet aannemelijk ge-*

44. In dit verband wijs ik nog op HR 3 december 2004, V-N 2004/67.18. Ook in dit arrest ging de Hoge Raad niet over tot de herkwalficatie van een lening, maar schrapt de Hoge Raad slechts de rentebijbeschrijving. Overigens constateert de redactie van Vakstudie-Nieuws een zekere spanning met BNB 1988/217 en BNB 2001/364. De redactie merkt voorts evenwel op dat dit arrest mogelijk als een gelegenheidsarrest moet worden gezien, zodat er niet te veel gewicht aan moet worden toegekend.

45. Zie ook HR 3 december 2004, V-N 2004/67.18 en Hof 's-Gravenhage, 7 juli 2004, V-N 2004/53.18.

maakt dat bij deze afwikkeling van de koopvordering sprake is ofwel van schijnhandelingen ofwel van deelhebben in de onderneming van belanghebbende ofwel van aanstonds duidelijk zijn dat belanghebbende haar koopschuld niet zou kunnen aflossen. Het pas vorderbaar en inbaar stellen van de door Y bedongen rente bij het einde van de dertigjarige looptijd van de lening dwingt niet tot de conclusie dat een van de vorengenoemde gevallen zich te dezen voordoet. Ook de overige voorwaarden van de geldleningen, waaronder de mogelijkheid van vrije aflossing – in wezen is voor belanghebbende in dat opzicht tegenover Y (evenals tegenover H BV) sprake van een soepele rekening-courantverhouding –, maken niet dat de geldleningen als schijnhandeling, als deelhebben in de onderneming en al zeker niet als verstrekt onder zodanige omstandigheden dat sprake is van duidelijke onmogelijkheid van terugbetaling moeten worden aangemerkt. Met betrekking tot de geldverstrekking door Y (en H BV) houdt het Hof het dan ook op de aan die verstrekking gegeven civielrechtelijke vorm van geldlening’.

Hof 's-Gravenhage, 1 maart 2005, V-N 2005/32.3.15 en HR 8 september 2006, V-N 2006/47.21

Ten slotte wijs ik nog op de procedure voor Hof 's-Gravenhage, 1 maart 2005, V-N 2005/32.3.15 voor de (per 1 januari 2006 ingetrokken) kapitaalsbelasting. Deze procedure is mijns inziens ook relevant voor de vennootschapsbelasting. Het Hof hanteert – naar mijn mening terecht – het door de Hoge Raad in BNB 1988/217 geschetsde kader en concludeert tot de herkwalficatie van een lening in kapitaal.

In casu betrof het belanghebbende (A bv) die exploratiewerkzaamheden uitvoerde naar olie- en gasvelden. In geding was de kwalificatie van de door A bv gesloten leenovereenkomsten met haar aandeelhouder (Holding bv). Ten aanzien van deze geldverstrekkingen wordt geen vaste looptijd overeengekomen. Vanwege een sterk risicovolle karakter van de door A bv verrichte exploratiewerkzaamheden merkt het Hof de als lening verstrekte gelden in wezen aan als kapitaal. Dienaangaande overweegt het Hof: *‘Naar het Hof uit de gedingstukken afleidt staat tussen partijen vast dat een derde, waaronder een bankinstelling, niet bereid zou zijn ondernemingen die exploratiewerkzaamheden uitvoeren naar olie- en gasvoorkomens als die van belanghebbende van zogeheten cash calls te voorzien op de wijze en tot het bedrag zoals Holding BV dat heeft gedaan. Hierbij is het volgende van belang. Het zoeken naar olie en/of gas is een zeer speculatieve en daardoor zeer risicovolle activiteit. Bij de aanvang van de exploratiefase, die loopt van de aanvang van het zoeken naar het voorkomen van economisch winbare hoeveelheden olie en/of gas tot de vondst daarvan, is niets te zeggen over de mogelijke aanwezigheid van economisch winbare reserves. Derden, waaronder banken, zijn in deze fase slechts bereid leningen te verstrekken indien uit andere hoofde leencapaciteit aanwezig is, zoals het geval is indien in bestaande velden waaruit reeds gewonnen wordt (nieuwe) exploratieactiviteiten worden verricht. In het onderhavige geval gaat het om een geheel nieuw, onontgonnen veld. Zonder garantie van een moeder- of een zustermaatschappij kunnen dan geen leningen worden verstrekt. (...) Tussen partijen is in geschil het antwoord op de vraag of de tussen belanghebbende en Holding BV gesloten overeenkomst van 19 december 1995, op grond waarvan de geldverstrekkingen hebben plaatsgevonden, als een overeenkomst van geldlening dient te worden aangemerkt ofwel of deze geldverstrekkingen in werkelijkheid het karakter van kapitaalverstrekking hebben. Het Hof beantwoordt die vraag in laatstbedoelde zin. (...) Vaststaat dat een derde aan belanghebbende geen gelden ter leen zou hebben verstrekt zonder dat voldoende zekerheid zou zijn gesteld door Holding BV of door een zustermaatschappij. (...) Gelet op al het hiervoor overwogene is het Hof van*

oordeel dat niet is beoogd aan belanghebbende in 1997 gelden ter leen te verstrekken. Holding BV en belanghebbende hebben vanaf het sluiten van de overeenkomst in december 1995 beoogd dat Holding BV in haar kwaliteit van aandeelhouder belanghebbende duurzaam, zoveel en zo lang zij dat nodig heeft en enkel te haren gerieve, zal voorzien van risicodragend kapitaal ten behoeve van haar exploratie- en opbouwactiviteiten. Belanghebbende heeft daarmee kapitaal verkregen van haar aandeelhouder (...).

Het Hof gaat in haar overwegingen uitgebreid in op de vraag of een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest tot vergelijkbare geldverstrekkingen. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend en concludeert tot een kapitaalverstrekking. Overigens betekent het voorgaande mijns inziens niet dat indien een derde een bepaalde lening niet wil verstrekken, er per definitie sprake is van een kapitaalverstrekking, vergelijk V-N 2001/16.16⁴⁶ en vergelijk ook HR 8 september 2006, V-N 2006/47.21 waarin de Hoge Raad Hof 's-Gravenhage, 1 maart 2005, V-N 2005/32.3.15 casseert.

De Hoge Raad overwoog als volgt: 'Die conclusie (een lening kwalificeer in wezen als een kapitaalverstrekking) volgt echter niet uit de door het Hof vermelde omstandigheden. Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening'.

3.3.2.3 Conclusie invulling van de criteria van de uitzondering schijn

Toepassingsvoorwaarde

Uit de hierboven besproken jurisprudentie concludeer ik dat er voor de uitzondering schijn slechts één toepassingsvoorwaarde bestaat; te weten het vereiste dat de contractpartijen feitelijk een kapitaalverstrekking hebben gewild in plaats van een lening. Deze toepassingsvoorwaarde noem ik het vereiste van 'andersluidende wilsovereenstemming', omdat de feitelijke wilsovereenstemming anders luidt dan de formele wilsovereenstemming. Deze feitelijke wilsovereenstemming is voor niet-contractpartijen in de regel moeilijk te achterhalen. Het is mijns inziens niet mogelijk een verzameling heldere en eenduidige criteria op te stellen waarmee de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming kan worden afgeleid. Zaken zoals de renteloosheid van een lening hebben namelijk niet de status van een harde toepassingsvoorwaarde. Dergelijke factoren kunnen mijns inziens slechts een voorzichtige signaalfunctie vervullen bij het achterhalen van de werkelijke wil van de contractpartijen. Bovendien is het moeilijk om uit de zeer feitelijke jurisprudentie indicatoren af te leiden, die kunnen wijzen in de richting van een 'andersluidende wilsovereenstemming'. De gevonden mogelijke indicatoren licht ik hierna nader toe.

46. Wel is dit een aanwijzing voor een schijnlening.

Renteloosheid

De renteloosheid van een lening kan een aanwijzing zijn voor de aanwezigheid van een schijnhandeling. In de door mij besproken zaken waarin tot het bestaan van een schijnlening werd geconcludeerd, was in het merendeel van de gevallen sprake van een renteloze lening.⁴⁷ Het feit dat een lening renteloos wordt gelaten, lijkt mij echter ruim onvoldoende om tot een schijnhandeling te concluderen.⁴⁸ Het is immers zeer wel mogelijk dat een aandeelhouder, en in voorkomende gevallen zelfs een derde, een renteloze lening verstrekt aan een vennootschap met als doel deze staande te houden op het moment dat de financiële situatie van deze vennootschap te wensen overlaat. Ergo, een renteloze lening is onvoldoende voorwaarde voor de vaststelling van een schijnhandeling. Renteloosheid is mijns inziens evenmin een noodzakelijke voorwaarde voor het vaststellen van een schijnlening. Indien men kan vaststellen dat sprake is van de wil tot een kapitaalverstrekking, terwijl naar de schijn een rentedragende lening is overeengekomen, is er in mijn opinie wel sprake van een schijnlening.⁴⁹

Overige indicatoren

Naast renteloosheid bestaan er andere aanwijzingen voor de aanwezigheid van een schijnlening, bijvoorbeeld de achtergesteldheid van een lening bij de concurrente crediteuren en de winstafhankelijkheid van de rente op een lening. Deze elementen vormen mijns inziens echter evenmin noodzakelijke (getuige BNB 1971/74, BNB 1974/64 BNB 1978/252) noch voldoende (getuige FED 1990/235) voorwaarden voor een de aanwezigheid van een schijnlening. Ook deze factoren kunnen mijns inziens slechts functioneren als eyeopeners.

Bouwman is van mening dat het ontbreken van een aflossingsverplichting een onmisbaar element (noodzakelijke voorwaarde) vormt voor de aanwezigheid van een schijnlening.⁵⁰ Deze mening deel ik niet. Hiermee zou het namelijk relatief eenvoudig worden om uit te komen onder de herkwalficatie van een lening. Door het opnemen van een looptijd van bijvoorbeeld 50 of 100(0) jaar in de (schijn)leenovereen-

47. BNB 1971/74, BNB 1974/64, BNB 1978/252, BNB 1998/98 (onzakelijk lage rente), V-N 1999/15.22 en V-N 1999/53.14. Ook in de procedure van BNB 1988/248, waarin de Hoge Raad concludeerde tot een schijnhandeling, was sprake van renteloosheid. In V-N 2005/32.3.15 was formeel wel rente verschuldigd, maar deze werd bijgeschreven op de hoofdsom zolang belanghebbende niet beschikte over voldoende gelden.

48. Vergelijk in dit kader bijvoorbeeld BNB 2002/231 waarin geen rente was overeengekomen, maar waar geen sprake was van een schijnlening.

49. Ter illustratie wijs ik voorts op V-N 2005/32.3.15, waarin formeel een rente was overeengekomen (die overigens feitelijk werd bijgeschreven op de hoofdsom), maar waar toch sprake was van een schijnlening.

50. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalficatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 81.

komst zou de uitzondering schijn niet van toepassing zijn.⁵¹ Indien de looptijd van een concerninterne lening echter extreem lang is of indien de looptijd steeds weer wordt verlengd en er tevens sprake is van een renteloosheid of winstafhankelijkheid, dan acht ik in tegenstelling tot Bouwman (afgezien van art. 10, lid 1, onderdeel d en de uitzondering deelnemerschap) de kans zeker aanwezig dat er sprake is van een schijnlening. Voorts blijkt voornoemde stelling, zoals Bouwman zelf al aangeeft, expliciet uit de jurisprudentie.⁵²

Naast het ontbreken van de aflossingsovereenkomst meent Bouwman dat de volgende kenmerken kunnen worden toegedicht aan een schijnlening:

1. de geldverstrekking wordt onder de naam lening of rekening-courant door betrokkenen gepresenteerd (bijvoorbeeld in de boekhouding);
2. er is geen rente bedongen; en
3. er zijn geen zekerheden gesteld.⁵³

Deze criteria lijken volgens Bouwman niet cumulatief, aangezien in de rechtspraak over een vermeende schijnlening niet altijd aan al deze kenmerken tegelijkertijd wordt getoetst. Dit is mijns inziens een terechte constatering. Ik ben van mening dat slechts het eerste kenmerk een noodzakelijke voorwaarde is. De overige kenmerken zie ik slechts als indicatoren en vormen geen van beide een *conditio sine qua non*.⁵⁴

Gezien de hierboven besproken jurisprudentie en dan met name BNB 1975/189 lijkt het er op alsof de dubbele bewustheidseis een noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen spreken van een schijnlening. Deze dubbele bewustheidseis houdt in, dat wil er sprake zijn van een schijnlening, alle contractpartijen bij het aangaan van de leenovereenkomst een kapitaalverstrekking voor ogen dienen te hebben gehad. Normaliter is in situaties waarin een dga een 'lening' verstrekt aan zijn vennootschap, dan wel een moedervernootschap een 'lening' verstrekt aan haar dochtervennootschap, de wil van de dga/moedervernootschap identiek aan de wil van de debiteur. Uit de behandeling van BNB 1975/189 bleek echter dat dit niet altijd het geval hoeft te zijn.

51. In dit verband verwijs ik evenwel naar HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83, waarin een looptijd van meer dan vijftig jaar (in combinatie met het voldoen aan de andere in BNB 199/208 geformuleerde voorwaarden) voldoende was om onder de uitzondering deelnemerschap te vallen. Ingevolge art. 10, lid 1, onderdeel d brengt bovendien het verstrekken van een lening met een looptijd van meer dan tien jaar al een risico voor de renteaftrek met zich.

52. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 81.

53. Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 151 en blz. 188-189 (inzake de kwalificatie van de geldverbintenis voor de Wet IB 2001).

54. In gelijke zin Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 192-193.

Arm's length-criterium

Haberham ziet in het arm's length-criterium een hulpmiddel bij het achterhalen van de werkelijke wil van de contractpartijen.⁵⁵ Deze conclusie van Haberham onderschrijf ik niet. De lening die de aandeelhouder op onzakelijke voorwaarden verstrekt, kwalificeert mijns inziens niet per definitie als kapitaal. Het arm's length-principe zorgt er juist voor dat de fiscus zo'n transactie kan corrigeren naar zakelijke voorwaarden. Dit betekent bijvoorbeeld dat een concerninterne lening met een te lage rente niet direct kan worden gekwalificeerd tot kapitaal.⁵⁶ Het lijkt mij namelijk meer voor de hand te liggen het lage rentepercentage te corrigeren, zodat men kan spreken van een correcte 'transfer price'.⁵⁷ Met HR 31 mei 1978, BNB 1978/252 lijkt mij de rol van het door Haberham genoemde 'kwalitatieve criterium' geminimaliseerd. Slechts in situaties waarin de leningsvoorwaarden zo sterk afwijken van wat gebruikelijk is, is er mogelijk sprake van een schijnlening (hoewel een herkwalficatie op grond van de uitzondering deelnemerschap dan wellicht ook in beeld kan komen). Men kan mijns inziens evenwel niet concluderen, dat er sprake is van een schijnlening op grond van onzakelijk handelen en dat een derde een bepaalde lening niet zou verstrekken. De tussenstap dat de partijen geen lening, doch een kapitaalverstrekking hebben gewild en dat dus de wilsovereenstemming was gericht op een kapitaalverstrekking, kan in mijn ogen dan ook niet worden overgeslagen.

Getuige HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, hanteert ook de Hoge Raad het arm's length-criterium duidelijk niet als aparte uitzondering en evenmin als toepassingsvoorwaarde voor de aanwezigheid van een schijnlening.^{58, 59} Het arm's length-crite-

55. Hij stelt namelijk: *'Langs indirecte weg is het arm's length-criterium echter toch bruikbaar. Ten aanzien van een door een aandeelhouder verstrekte lening kan immers wél worden vastgesteld dat een onafhankelijke derde een dergelijke lening onder vergelijkbare omstandigheden niet zou hebben verstrekt. Aan deze constatering kan vervolgens de conclusie worden verbonden dat, nu een aandeelhouder wel een dergelijke lening heeft verstrekt, deze lening als een kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt. Mijn conclusie is dan ook dat het arm's length-criterium in beginsel bruikbaar is als kwalificatiecriterium voor de vraag "lening of kapitaal"'*. Haberham A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 197. Op blz. 202 nuanceert Haberham zijn conclusie overigens wel enigszins: *'Naar mijn mening speelt het kwalitatieve arm's length-criterium slechts een rol in gevallen waarbij er bij het verstrekken van leningen sprake is van een ernstig gebrek aan zakelijke leningsvoorwaarden'*.
56. Hooguit zou men het niet bedongen rentedeel over de lening van een moedervernootschap aan een dochtervernootschap kunnen aanmerken als informeel kapitaal.
57. Haberham noemt dit het kwantitatieve arm's length-criterium. Met behulp van dit criterium kunnen prijscorrecties plaatsvinden. Daarnaast onderscheidt Haberham het kwalitatieve arm's length-criterium, waarmee naar zijn mening leningen kunnen worden aangemerkt als kapitaalverstrekkingen op grond van de vaststelling dat een onafhankelijke derde geen lening zou hebben verstrekt, Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer 1993, blz. 200-202.
58. Het arm's length-principe komt overigens wel terug in een andere uitzondering, te weten de 'bodemlozeputvordering'. In paragraaf 3.5 ga ik hier nader op in.
59. Van der Geld meent dat de Hoge Raad er goed aan heeft gedaan om het arm's length-principe niet de status te geven van aparte uitzondering in BNB 1988/217, vanwege *'de problemen die opduiken indien men het arm's length-principe in zijn vage algemeenheid te hulp roept'*, Van der Geld, J.A.G.; *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Fiscale monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990, →

rium kan naar mijn mening een voorzichtige signaalfunctie vervullen voor de aanwezigheid van een schijnlening. De constatering van het feit dat een derde een bepaalde lening niet zou verstrekken, kan een signaal zijn voor de aanwezigheid van een schijnlening. Het is voor het arm's length-criterium evenwel niet weggelegd om de rol te vervullen van een voldoende of noodzakelijke voorwaarde voor de aanwezigheid van een schijnlening.

3.3.2.4 Conclusie naar aanleiding van de criteria

Uit het voorgaande blijkt dat het vaststellen van een schijnlening niet eenvoudig is. De vraag is dus gerechtvaardigd of de Hoge Raad de belastingplichtige (evenals de fiscus) wel een dienst bewijst met het huidige systeem.⁶⁰ Dit systeem is immers tamelijk vaag. Wellicht zou de Hoge Raad (of beter nog de wetgever) een aantal criteria moeten formuleren – zoals hij heeft gedaan voor de uitzondering deelnemerschap in HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 (zie hierna) – waaruit blijkt wanneer sprake is van een schijnlening. Hierbij zij overigens direct opgemerkt, dat de wetgever de Hoge Raad op het punt van deelnemerschapslening min of meer heeft 'overruled' met de invoering van de hybride leningwetgeving per 1 januari 2002, waarover in hoofdstuk 4 meer.

Het formuleren van objectief waarneembare criteria voor de aanwezigheid van een schijnlening lijkt mij echter een zeer lastige taak. Uit het bovenstaande blijkt namelijk dat een schijnhandeling dient te worden getoetst aan de hand van de wil van de contractpartijen. Deze wil laat zich, voor zover ik kan overzien, niet vastleggen in eenduidige, heldere en objectief waarneembare criteria. In zoverre is het dus een bijna onmogelijke taak en men kan de Hoge Raad noch de wetgever verwijten het onmogelijke te hebben nagelaten. Voorts lijkt mij het opstellen van criteria voor de aanwezigheid van een schijnlening ook niet wenselijk. Het risico bestaat namelijk dat – vanwege de arbitraire wijze van vaststelling van de criteria – fiscale planningsmogelijkheden ontstaan.⁶¹ Een hiermee verband houdend risico is dat door de invoering van te stringente criteria overkill kan ontstaan, vergelijk art. 10, lid 1, onderdeel d. Overigens zou door het opstellen van toepassingscriteria voor de aanwezigheid van een schijnlening, zoals de eis van renteloosheid, worden geprobeerd om door het formele (de civielrechtelijke vorm van een lening) heen te prikken op zoek naar de fiscaalrechtelijke werkelijkheid aan de hand van arbitraire, formele criteria. Een dergelijk systeem lijkt niet erg logisch. Ik ben daarom geen voorstander van een 'criteriasysteem'. De werkelijkheid op het gebied van schijnhandelingen is zo divers, dat alleen een ruim en bewegend criterium voldoende ruimte biedt voor de rechter om

→ blz. 240. Daarbij meent Van der Geld dat het bodemlozeputcriterium een relatief goed toepasbare verschijningsvorm is van het arm's length-criterium. In gelijke zin Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 198.

60. Natuurlijk ligt in het verlengde hiervan de vraag of de wetgever niet met een nieuw systeem zou moeten komen.

61. Bij de uitzondering 'deelnemerschap' ga ik hier nog nader op in, zie paragraaf 3.4.2.5.

alle praktijksituaties te beoordelen.⁶² Dit is ook de huidige praktijk en blijkt tevens uit de hiervoor behandelde jurisprudentie over schijnleningen.

3.3.3 *Schijnhandeling of fraus legis*

Naast de uitzondering schijnhandeling zet de fiscus ook wel *fraus legis* in als wapen. Het is daarom van belang deze twee zaken te onderscheiden. Het oordeel dat sprake is van een schijnhandeling, is van feitelijke aard. *Fraus legis*, de stelling dat sprake is van wetsonthulling, is daarentegen een rechtsoordeel. Het spreekt voor zich dat een juiste vaststelling van feiten voorafgaat aan de toepassing van een bijzonder rechtsmiddel als *fraus legis*.⁶³ Het is duidelijk dat deze twee instrumenten waarmee de fiscus ongeoorloofde renteaftrek kan bestrijden aanzienlijk van elkaar verschillen. Dat betekent overigens niet dat het te allen tijde eenvoudig is vast te stellen of sprake is van een schijnhandeling, dan wel van *fraus legis*.⁶⁴ HR 15 oktober 1986, BNB 1987/72 illustreert dat de meningen hierover kunnen zijn verdeeld. Dat arrest draaide om de Cyprus-constructie, en uiteindelijk verklaarde de Hoge Raad het Besluit voorkoming dubbele belasting niet van toepassing. De Hoge Raad oordeelde:

'Het Hof heeft, in cassatie onbestreden, geoordeeld dat het er voor moet worden gehouden dat belanghebbendes dienstverhouding met B Ltd. – afgezien van het beoogde fiscale voordeel – iedere reële betekenis miste en dat belanghebbende zijn werkzaamheden feitelijk heeft verricht in het kader van zijn arbeidsverhouding met de A-Groep. Evenbedoeld oordeel van het Hof brengt mee dat het Besluit voorkoming dubbele belasting toepassing mist ten aanzien van belanghebbendes reizen naar de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk toe te rekenen inkomsten, aangezien met betrekking tot zodanige inkomsten in door Nederland gesloten verdragen, dus op andere wijze dan in het Besluit, in het voorkomen van dubbele belasting is voorzien op een wijze die te dezen niet tot aftrek kan leiden. Daaraan doet niet af dat aldus niet iedere dubbele belasting wordt voorkomen'.

Van Brunschot merkte in zijn noot bij BNB 1987/72 op dat het Hof op de dienstbetrekking met B Ltd. het bijzondere rechtsmiddel *fraus legis* toepast. De Hoge Raad constateert volgens hem dat dit oordeel in cassatie onbestreden is gebleven en ziet kennelijk geen gronden voor ambtshalve cassatie. Niessen is daarentegen van mening dat het arrest op deze manier werd gewezen doordat sprake was van een schijn-

62. Het nadeel van het niet vooraf weten waar men aan toe is, is bovendien veelal niet heel pregnant. De bij een leenovereenkomst betrokken partijen zijn zich doorgaans bewust van het risico van herkwalficatie, wanneer zij een lening verstrekken die neigt naar een schijnlening. Bovendien gaat de Hoge Raad zeer behoedzaam te werk bij het herkwalficeren van leningen.

63. Natuurlijk gaat de juiste feitenvaststelling ook vooraf aan het bijzondere rechtsmiddel richtige heffing. In 1987 kondigde de staatssecretaris aan dat hij gedurende een periode van vijf jaar het middel van de richtige heffing (art. 31 AWR) niet meer zou invoeren. Tot op heden is het instrument richtige heffing niet meer in stelling gebracht door de fiscus. Het lijkt dan ook aannemelijk dat het instrument richtige heffing buiten werking is gesteld en *fraus legis* hiervoor min of meer in de plaats is gekomen.

64. Vergelijk Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 193.

handeling die werd rechtgezet. Fraus legis kon volgens hem daarom niet aan de orde zijn.⁶⁵

3.4 Uitzondering 2: de deelnemerschapslening

3.4.1 De deelnemerschapslening

De tweede uitzondering die de Hoge Raad formuleerde in BNB 1988/217, is de deelnemerschapslening.⁶⁶ De vraag rijst of er objectief waarneembare kenmerken zijn op grond waarvan een lening kan worden aangemerkt als deelnemerschapslening. Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dan dient zich de vervolgvraag aan: hoe luiden deze criteria en hoe moeten deze worden ingevuld?

3.4.2 Criteria deelnemerschapslening

3.4.2.1 Wanneer is er sprake van een deelnemerschapslening

Jurisprudentie voor HR 11 maart 1998, BNB 1998/208

Eventuele criteria om te concluderen tot een deelnemerschapslening, zouden in de jurisprudentie moeten kunnen worden gevonden. Al in 1951, HR 7 februari 1951, B 8939, constateerde de Hoge Raad dat er sprake kan zijn van deelnemerschap.⁶⁷ In HR 5 juni 1957, BNB 1957/239 gaf de Hoge Raad meer aanwijzingen over de invulling van het begrip deelnemerschap.

De Hoge Raad ging in dit arrest vrij gedetailleerd in op de vraag waarom er in dat geval sprake was van 'in zekere mate deel hebben' en oordeelde: *'dat echter wanneer het winstaandeel een onderdeel vormt van de regeling ener verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, welke den schuldeiser zo nauw bij het bedrijf van den schuldenaar betreft dat hij daarin in zekere mate deel heeft, (onderstreping JvS) de op dat aandeel uitgedeelde winst voor den schuldenaar niet meer als kosten van het bedrijf kan worden beschouwd en dat aandeel niet onder de in art. 13, 1 onder b (Besluit Vpb 1942, JvS), genoemde aandelen in de winst kan worden gebracht; dat hiervan zeker sprake is in het onderhavige geval, waarin blijkens de hierboven overgenomen bepalingen*

65. Hij baseert zijn mening op de conclusie van het Hof 'dat belanghebbende zijn werkzaamheden in 1979, evenals daarvoor en daarna, feitelijk (onderstreping JvS) heeft verricht in het kader van zijn arbeidsverhouding met de A-groep', Niessen, R.E.C.M.; Cursus Belastingrecht, deel richtige heffing en fraus legis, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 1.2.

66. Zie over deze problematiek onder andere HR 18 oktober 1950, B 8843, HR 1 november 1950, B 8847, HR 7 februari 1951, B 8939, HR 5 juni 1957, BNB 1957/239, HR 4 juli 1961, BNB 1961/285, HR 4 juni 1975, BNB 1975/152, HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, Hof Amsterdam 15 augustus 1989, FED 1990/235, HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32, HR 3 maart 1993, BNB 1993/141, HR 10 maart 1993, BNB 1993/237, Hof Arnhem 4 april 1995, V-N 1995/2520, HR 28 juni 1995, BNB 1995/271, HR 11 maart 1998, BNB 1998/208, HR 17 februari 1999, BNB 1999/176 en Hof Den Haag, 16 oktober 2001, FED 2002/29, HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83, HR 25 november 2005, V-N 2005/58.19 en HR 25 november 2005, nr. 40 992, www.hogeraad.nl.

67. De Hoge Raad spreekt dan overigens nog van nauwe verbondenheid: *'die zich (...) aan het dividend betalende lichaam zo nauw (onderstreping JvS) hebben verbonden, dat zij te zijnen aanzien niet als derden-geldschietters kunnen worden beschouwd'*.

gen der overeenkomst van partijen Y niet alleen een aandeel in de winst van belanghebbende heeft maar ook, tot het bedrag zijner vordering, draagt in haar verlies, voorts belanghebbende voorzover zij de aan aandeelhouders toekomende winst niet uitkeert ook de aan Y toekomende winst in het bedrijf mag houden, verder de vordering behoudens bijzondere gevallen niet opeisbaar en niet overdraagbaar is en tenslotte aan den schuldeiser bij een college van drie commissarissen met bijzondere bevoegdheden het recht van benoeming van een commissaris en dat van goedkeuring van de benoeming van een tweeden commissaris is toegekend alsmede het recht van inzage van boeken en bescheiden'.

Hoogendoorn heeft uit de jurisprudentie de volgende drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden afgeleid waaraan een lening moet voldoen, wil er sprake zijn van een deelnemerschapslening⁶⁸:

1. de rentevergoeding die is verschuldigd is afhankelijk van de winst;
2. de lening is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers; en
3. de lening kent geen vaste looptijd en is slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.

Deze door Hoogendoorn opgesomde (cumulatieve) criteria worden door de Hoge Raad in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 impliciet bevestigd.⁶⁹

In de procedure voorafgaande aan BNB 1988/217 overwoog het Hof namelijk: 'dat toch de verschuldigdheid van rente en hoofdsom niet afhankelijk is gesteld van de resultaten van A en de uit hoofde van de verstrekte leningen bestaande schuldvorderingen niet zijn achtergesteld bij de vorderingen van andere, eveneens niet preferente crediteuren; dat ook overigens geen sprake is van abnormale of ongebruikelijke leningsvoorwaarden'.

In cassatie bevestigde de Hoge Raad (impliciet) deze uitspraak van het Hof door niet te concluderen tot een deelnemerschapslening, maar te besluiten tot de aanwezigheid van (de nieuwe uitzondering) de bodemlozeputvordering.⁷⁰

Dat de invulling van 'deelnemen' desalniettemin nog niet was uitgekristalliseerd, illustreert het Hof Arnhem 4 april 1995, V-N 1995/2520.

In deze zaak betrof het een vennootschap (X bv) met een belang van 50% in bv B. X bv verstrekte in de jaren 1982 en 1983 verschillende leningen aan bv B. In 1984 verstrekte X bv vanwege de slechte gang van zaken bij bv B nogmaals een lening, dit maal ad NLG 250.000. Voor deze lening werden geen zekerheid, rente en aflossing bedongen. Veder was de lening achtergesteld, onder meer bij de bankschulden van bv B. In 1985 waardeerde X bv de lening van NLG 250.000 af tot nihil. De inspecteur stond deze afwaardering echter niet toe. Het Hof stelde de inspecteur in het gelijk en overwoog: *'Gelet op de minder gunstige positie van B, het ont-*

68. Hoogendoorn, J.; Lening en kapitaalverstrekking, Fiscale miniaturen, Fed, Deventer, 1978, blz. 92.

69. In gelijke zin Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 226.

70. De Hoge Raad koos er dus niet voor het begrip deelnemerschapslening op te rekken, een benadering die A-G Verburg, getuige zijn conclusie bij 1988/217, overigens wel voor stond.

breken van de onder 5 bedoelde gebruikelijke bedingen (zekerheid, rente en aflossing, JvS), en de achterstelling van de lening, heeft belanghebbende de lening van f 250 000 in 1984 aan B onder zodanige voorwaarden verstrekt, dat zij met het door haar uitgeleende bedrag in zekere mate in de onderneming van de schuldenaar heeft deelgenomen. (...) De lening van f 250 000 heeft als informeel kapitaal (onderstreping JvS) te gelden'.

Het eerste opmerkelijke aan deze uitspraak is dat het Hof voor de kwalificatie van de geldverstrekking geen of onvoldoende gewicht toekent aan het feit dat belanghebbende de additionele financiering aan bv B verstrekte uit zakelijke overwegingen. De zakelijkheid bestond eruit dat X bv in de markt waarin zij opereerde (zandwinning en baggerij) met bv B werd geassocieerd. Daarom mocht bv B geen slechte financiële reputatie krijgen. Het tweede opvallende punt is dat het Hof tot de uitzondering deelnemerschap kwam, terwijl geen sprake was van een winstafhankelijke rente.⁷¹ De lening was immers renteloos.⁷² Wel hechtte het Hof belang aan de matige financiële positie van bv B. Het Hof volgde derhalve duidelijk niet de criteria van Hoogen doorn. Deze criteria zijn later echter wel – zoals hierna nog zal blijken – in grote lijnen overgenomen door de Hoge Raad. Ten slotte valt op dat Hof zich expliciet uitlaat over de kwalificatie van de lening. Het Hof merkt deze namelijk aan als kapitaal.

HR 11 maart 1998, BNB 1998/208

Na de onduidelijkheid over de criteria voor de uitzondering deelnemerschap, zoals in V-N 1995/2520, spreekt de Hoge Raad zich in HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 expliciet uit over de criteria voor het bestaan van een deelnemerschapslening.

In BNB 1998/208 had belanghebbende (nv X) in het begin van de tachtiger jaren een herstelplan opgesteld om zijn financiële positie weer op orde te krijgen. Dit plan bestond onder meer uit een gedeeltelijke omzetting van de langlopende schulden in 10%-cumulatief preferente winstdelende aandelen (hierna cumprefs). Het restant van de langlopende schulden werd omgezet in achtergestelde winstdelende obligaties. De omzetting in obligaties was noodzakelijk aangezien de belangrijkste aandeelhouder (A) van nv X zijn participatie wilde uitbreiden met maximaal NLG Z miljoen. Daarnaast moest het relatieve belang van deze aandeelhouder ongewijzigd blijven (ongeveer Y%). De omzetting van de langlopende vorderingen in NLG C miljoen garantievermogen kon daarom slechts voor NLG D miljoen worden bereikt door de omzetting in (certificaten van) cumprefs. Voor het overige werd NLG E miljoen langlopende schulden omgezet in winstdelende obligaties. Een vergelijking van de voorwaarden waaronder de cumprefs respectievelijk de obligaties zijn uitgegeven, wees uit dat:

- de rente op de winstdelende obligaties gelijk was aan de winstuitdeling op de cumprefs en gelijktijdig zou worden uitgekeerd, na de goedkeuring door de algemene vergadering van aandeelhouders;

71. De redactie van Vakstudie-Nieuws vraagt zich af of de uitzondering schijn hier niet eerder op zijn plaats zou zijn geweest.

72. Opgemerkt zij dat voor de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d ingevolge art. 10, lid 4 wordt geacht sprake te zijn van een winstafhankelijke vergoeding als er geen vergoeding is overeengekomen. Zie hiervoor nader hoofdstuk 4.

- niet-contante uitkeringen op de cumprefs (zoals stockdividenden en claimrechten) zouden leiden tot een dienovereenkomstige contante uitkering aan de obligatiehouders;
- terugbetaling op de cumprefs zou leiden tot een dienovereenkomstige terugbetaling op de winstdelende obligaties;
- de obligatielening was achtergesteld en vormde daarmee samen met de cumprefs in wezen garantiëkapitaal voor de overige crediteuren;
- bij ontbinding van nv X de aflossingsrechten van de houders van de winstdelende obligaties zou worden gevoegd bij de uitkeringsrechten van de houders van de cumprefs en dat naar rato van de nominale waarden zou worden uitgekeerd aan beiden.

Uit de bovenstaande punten blijkt dat de rechten van de houders van de obligaties voor een belangrijk deel zijn gerelateerd aan en nauw overeenkomen met de rechten van de houders van cumprefs. De belangrijkste verschillen tussen deze waardepapieren waren:

- dat de obligatiehouders geen stemrecht hadden, terwijl de houders van de certificaten van de cumprefs na royement wel konden beschikken over hun stemrecht; en
- dat de obligaties in tegenstelling tot de cumprefs een vaste looptijd hadden. De winstdelende obligaties waren in beginsel in mei 2033 aflosbaar tegen pari, of – indien dat tot een hogere betaling zou leiden – tegen het gemiddelde van de beurskoersen van de cumprefs van de laatste drie jaar dan wel bij ontbinding van nv X.

In 1983 werden de (certificaten van de) cumprefs en van de obligaties geïntroduceerd op de Amsterdamse Beurs. Het Hof stelt vast dat alle obligatiehouders tevens houders zijn van certificaten van cumprefs (r.o. 5.4.2).

Het Hof overwoog: *‘Daarbij zij voorts opgemerkt dat blijkens het onder 2.2.1 bedoelde overzicht nagenoeg alle obligatiehouders tevens houders zijn van certificaten van cumprefs’.*

De Hoge Raad ging evenwel van het volgende uit (r.o. 3.1.3): *‘In 1983 zijn de cumprefs en de winstdelende obligaties geïntroduceerd op de Amsterdamse Beurs. De obligaties zijn genomen door geldgevers uit de kring van de institutionele beleggers, die voor zover bekend niet tevens aandeelhouder in belanghebbende waren’.*

In 1987 werden vervolgens de winstdelende obligaties omgewisseld in cumprefs.⁷³ Bij deze omwisseling wilde nv X een bedrag van f 20.234.000⁷⁴ als kosten van de geldlening ten laste van haar winst brengen. De inspecteur bestreed dit en vond gehoor bij het Hof, dat overwoog:

‘Naar het oordeel van het Hof zijn de rechten van de obligatiehouders, gelet op het hiervoor overwogene, in zodanige mate gelijk aan en zo nauw verbonden met de rechten van de houders van de

73. Kennelijk was aan deze obligaties ook een conversierecht o.i.d. gekoppeld. Uit de wijze waarop de Hoge Raad de zaak in BNB 1998/208 benadert, blijkt mijns inziens dat hij op 11 maart 1998 de in de optiearresten (HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161) en het Falconsarrest (HR 22 november 2002, BNB 2003/34) ontwikkelde leer nog niet had omarmd.

74. Dat is de (bij compromis vastgestelde) waarde van de verplichting tegenover de obligatiehouders, verminderd met de nominale waarde van die verplichting.

certificaten van cumulatief preferente aandelen dat de obligatiehouders ten opzichte van de certificaathouders in vergelijkbare mate bij de onderneming van X betrokken zijn en daarin in vergelijkbare mate deel hebben'.

Vervolgens overwoog het Hof:

'Onder die omstandigheden bestaat er geen aanleiding om de achtergestelde winstdelende obligaties in fiscaal opzicht anders te behandelen dan de certificaten van T% cumulatief preferente aandelen'.

Het Hof was dus van mening dat de winstdelende obligaties fiscaalrechtelijk gelijk dienden te worden behandeld met de cumprefs. De omwisseling van de obligaties in cumprefs liep daarom niet via de winst- en verliesrekening, maar raakte volgens het Hof slechts de kapitaalsfeer.

De Hoge Raad kon zich evenwel niet vinden in de overwegingen van het Hof en overwoog:

'Voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking door een schuldeiser aan een ondernemer als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt uitzondering, indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. Aan deze voorwaarden is slechts voldaan, indien:

- 1. de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst;*
- 2. de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers; en*
- 3. de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie (toevoeging nummering JvS)'.*

De winstdelende obligaties in BNB 1998/208 kenden een vaste looptijd en dit leidde ertoe dat niet was voldaan aan alle voorwaarden voor deelnemerschap. Dit brengt met zich dat wij in casu niet met een kapitaalverstrekking, maar met een lening te maken hadden.

Dat het hier om cumulatieve criteria gaat, blijkt nog eens onomstotelijk uit de overweging van de Hoge Raad: *'Nu de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, is niet aan alle voorwaarden (onderstreping JvS) voldaan'.* De Hoge Raad motiveerde dit verder als volgt:

'De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar (onderstreping JvS) bedraagt, brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd'. Hiermee volgt hij P-G Van Soest:

'(...) Het houdt in dat een vaste looptijd van 50 jaar, hoewel lang, niet gelijk gesteld mag worden met een in beginsel onbepaalde looptijd. Op dit punt acht ik het gelijk aan de belanghebbende. Indien men criteria opstelt voor de situatie waarin een schuldvordering gelijk moet worden aan kapitaal, dan is de onbepaalde looptijd, medebrengende dat de gelden ter beschikking kunnen blijven zolang de activiteiten van de schuldenaar voortgang vinden, daarvoor essentieel'.

Uit deze overweging blijkt mijns inziens zonneklaar dat een lening met een relatief lange vaste looptijd van vijftig jaar niet kwalificeert als deelnemerschapslening, aangezien niet wordt voldaan aan de drie cumulatieve criteria.⁷⁵ Met BNB 1998/208 bestaan er mijns inziens geen twijfels meer, omtrent de vraag welke criteria dienen te worden gehanteerd bij het vaststellen van de uitzondering deelnemerschap. Hooguit kan men nog vraagtekens zetten bij de wijze waarop deze criteria dienen te worden ingevuld en bij de juistheid van deze criteria. Hierop ga ik hierna verder in. De nadere invulling van de door de Hoge Raad geformuleerde criteria geschiedt aan de hand van de op dit gebied gewezen jurisprudentie.

3.4.2.2 Winstafhankelijke rente

Het vraagstuk van de winstafhankelijkheid van een rentevergoeding is al geruime tijd een belangrijke kwestie in het fiscale recht. Al in het begin van de vorige eeuw was dit vraagstuk van belang.

Zo luidde art. 20, lid 1, Wet IB 1914 als volgt: *‘De (...) naamloze vennootschappen (...) zijn belastingplichtig naar het bedrag harer (...) uitdeelingen (...) aan (...) deelgerechtigden in de winst (...)’*. Voorts werd in MvT, Bijlagen, 1911-1912 – 144, nr. 3, blz. 36 ten aanzien van een rente die slechts was verschuldigd indien de stand van het bedrijf dit toeliet, het volgende opgemerkt: *‘Werkelijke rente is het intusschen niet. De uitkeering is niet onvoorwaardelijk verschuldigd, doch heeft slechts plaats, wanneer de stand van het bedrijf haar toelaat. Dat zij alsdan een vast percentage bedraagt of tot een maximum van zeker aantal percenten beperkt is, kan haar niet het karakter van rente geven. Deze uitkeeringen zijn dus aan de belasting onderworpen’*.⁷⁶ Kort gezegd volgt uit de MvT dat een rente niet het karakter heeft van rente, indien de rente voorwaardelijk is verschuldigd en betaling slechts plaatsvindt wanneer de stand van het bedrijf (lees: de winst) dit toelaat.

De winstafhankelijkheid van een rente kan zich op twee manieren manifesteren. De twee grootheden die afhankelijk kunnen zijn van de winst zijn namelijk:

1. de verschuldigdheid van een rente; en
2. de omvang van een rente.⁷⁷

75. P-G Van Soest laat nog wel de mogelijkheid open tot herkwalficatie indien de looptijd weliswaar vast is, maar de gelden in wezen ter beschikking blijven van de vennootschap zolang de activiteiten van de schuldenaar voortgang vinden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien vooraf bekend is dat de levensduur van een bv gelijk wordt gesteld aan de looptijd van een project en dat deze periode korter of gelijk is aan de looptijd van de lening.

76. Ook aangehaald door plaatsvervangend P-G Van Soest bij HR 17 februari 1999, BNB 1999/176 onder 6.1.2.

77. Hierbij zij opgemerkt dat deze twee grootheden niet cumulatief zijn. Wanneer aan ten minste één van de voorwaarden is voldaan, kan men spreken van winstafhankelijkheid. Opgemerkt zij dat de eerste voorwaarde mijns inziens een bijzondere vorm is van de tweede voorwaarde.

Of de omvang van een rente formeel afhankelijk is van de winst, is betrekkelijk eenvoudig te bepalen.⁷⁸ Wanneer in de leningsvoorwaarden is opgenomen dat de rentevergoeding stijgt naarmate de winst dan wel het dividend stijgt, kan men spreken van een rente die in omvang afhankelijk is van de winst.^{79, 80} Of de verschuldigdheid van rente winstafhankelijk is, is daarentegen minder eenvoudig te bepalen. Hierna ga ik op beide grootheden nader in.

Ad 1: Verschuldigdheid winstafhankelijk

In HR 7 mei 1930, B 4731 stond de vraag centraal, of een rentevergoeding waarvan de verschuldigdheid afhankelijk was gesteld van de winst, kwalificeerde als een winstafhankelijke rente.

In dit arrest overwoog de Hoge Raad: *'dat de raad van beroep de akte (...), met betrekking tot de daaruit voortvloeiende rechten der houders van inkomst-obligaties, aldus uitlegt, dat zij recht hebben op eene rente van 6 pCt. per jaar, doch de betaling daarvan slechts kunnen vorderen, als de winst dit toelaat, zoodat belanghebbende, – mocht zulks in eenig jaar niet het geval zijn, – niet eer verplicht is die rente uit te betalen, voordat in een later jaar voldoende winst is gemaakt om de rente van dit jaar en die van het vorige jaar te betalen; dat (...) derhalve bij de opvatting van den raad van beroep het recht op betaling dier 6 pCt. geheel afhankelijk is van de omstandigheid, of voldoende winst gemaakt is, m.a.w. is een recht op een deel der winst'.*

In HR 29 juni 1955, BNB 1955/302 kwam de Hoge Raad tot een vergelijkbare conclusie.

Dienaangaande overwoog Hoge Raad: *'in de jaren 1938 tot en met 1950 – uitgezonderd het jaar 1948 (...) – alleen dan rente door belangh. werd vergoed, wanneer de door haar behaalde winst (het rentebedrag daaronder begrepen) zulks toeliet, zodat over de jaren 1938 tot en met 1942 en over het jaar 1945 geen rente werd uitgekeerd; dat (...) de rente over laatstgenoemde jaren niet*

78. In gelijke zin Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer 1993, blz. 144, die in dit verband voorts opmerkt: *'Ook in die gevallen waarin niets is overeengekomen, maar de rente in feite variabel blijkt omdat betaling ervan wordt gekoppeld aan het behaalde resultaat, lijkt het pad voor de fiscus geëffend'.*
79. Ik meen dat de dividendafhankelijkheid van een rente moet worden gezien als winstafhankelijkheid. Ik sluit mij aan bij plaatsvervangend P-G Van Soest in BNB 1998/208, punt 6.7. In BNB 1998/208 heeft de Hoge Raad zich echter niet nader hoeven uitlaten over deze kwestie. Hij oordeelde namelijk reeds dat een looptijd van vijftig jaar in casu kwalificeerde als een vaste looptijd, zodat geen sprake was van 'een zekere mate van deelnemen'.
80. Een combinatie van een wel aftrekbare vaste rente en een niet aftrekbare winstafhankelijke rente is ook mogelijk, vergelijk bijvoorbeeld HR 27 mei 1918, B 2007. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad namelijk dat hetgeen boven de vaste rente (van in casu 6%) werd uitgekeerd, kwalificeerde als winstafhankelijke rente en als zodanig werd behandeld als dividend, terwijl het vaste deel van de vergoeding (dus tot 6%) moest worden behandeld als rente omdat noch de omvang noch de betaling afhankelijk was van de winst. Mijns inziens geldt dit niet alleen voor een heffingsobject bepalende uitdeling van winst die aan de orde was in B. 2007, maar ook in het kader van de kwalificatie van fiscaal (eigen) vermogen versus vreemd vermogen, vergelijk in dit kader A-G Overgaauw bij BNB 2006/82, punt 2.28.

onder de passiva (...) werd opgenomen; dat (...) de rente over die jaren ook niet in latere jaren, toen de winst zulks toeliet, werd uitgekeerd; dat (...) de jaren vóór 1938 vermoedelijk hetzelfde beeld geven als de latere jaren; dat de Raad heeft kunnen en mogen beslissen, dat onder deze omstandigheden hetgeen op de geldlening werd betaald als een winstuitdeling moest worden beschouwd, immers afhankelijk was gesteld van de winst.⁸¹

In Hof Amsterdam 15 augustus 1989, FED 1990/235 werd nader ingegaan op de vraag of het bijschrijven van rente (in plaats van een feitelijke betaling) winstafhankelijkheid van die rente voorkomt. Het Hof kwam in antwoord op die vraag tot de conclusie dat een rentevergoeding met een vast rentepercentage, dat niet wordt betaald maar wordt bijgeschreven, niet kwalificeert als een winstafhankelijke rente.⁸² Het louter niet-betalen in combinatie met het bijschrijven van rente, leidt er volgens het Hof derhalve niet toe dat een rente een winstafhankelijk karakter krijgt. De Hoge Raad bevestigt in HR 17 februari 1999, BNB 1999/176 deze gedachtegang van het Hof.

In casu betrof het een obligatielening ter zake waarvan de uitbetaling van de rente slechts plaatsvond indien er dividend werd uitgekeerd.⁸³ Anders dan de inspecteur, oordeelde het Hof Amsterdam dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag niet in zekere mate deel had in de onderneming van de schuldenaar. Winstafhankelijkheid ontstaat naar de mening van het Hof namelijk uitdrukkelijk niet indien slechts de betaling van de rente wordt uitgesteld, doch de rente wel is verschuldigd.⁸⁴ In casu kon er volgens het Hof dan ook geen sprake zijn van een deelnemerschapslening. De Hoge Raad bevestigde het oordeel van het Hof dat het feit dat de betaling van de vergoeding mede afhankelijk is gesteld van de betaling van dividend in casu niet met zich brengt dat er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding, omdat slechts de betaling van de rente wordt opgeschort.

Uit BNB 1999/176 kan mijns inziens worden geconcludeerd dat er alleen dan sprake is van winstafhankelijkheid (bij een vaste rente), indien de *verschuldigdheid* van de rente afhankelijk is van de winst.⁸⁵ Als slechts de betaling wordt opgeschort bij onvoldoende winst en de betaling van de rente slechts wordt uitgesteld – bijvoor-

81. Vergelijk P-G Van Soest in zijn conclusie bij BNB 1988/217, punt 6.4-6.5.

82. Het Hof overwoog: *'Immers de rente, die op jaarbasis 8,5% van de schuld belooft, is niet afhankelijk van de resultaten van belanghebbende, terwijl niet is gesteld of gebleken dat de schuldig gebleven rente slechts door belanghebbende wordt betaald voor zover behaalde winst zulks toelaat. Bovendien is de geldlening van A-G Y niet achtergesteld bij de vorderingen van andere, eveneens niet preferente crediteuren. Aan 's hofs oordeel doet niet af dat een aflossingsplan vooralsnog ontbreekt*'.

83. Verder was de lening achtergesteld en was er geen zakelijke zekerheid verleend. Daarnaast had de lening geen vastgestelde aflossingsdatum.

84. Het Hof overwoog: *'Van een uitdeling van winst in de zin van artikel 10 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (de Wet) is geen sprake nu de door bank A betaalde vergoeding niet afhankelijk is van de winst. De enkele omstandigheid dat de betaling van de rente wordt opgeschort indien in enig jaar door bank A geen dividend is vastgesteld of betaalbaar gesteld doet hieraan niet af. Uit het bepaalde in artikel 4 van de Leningsvoorwaarden leidt het Hof af dat de onderhavige rente verschuldigd blijft ook als in enig jaar geen dividend wordt vastgesteld of betaalbaar gesteld door bank A. Slechts de betaling van de verschuldigde rente wordt opgeschort*'.

85. Overigens kan hierbij direct de vraag worden opgeworpen of in een dergelijke situatie de hoogte van de rente niet in wezen afhangt van de omvang van de winst (zie ook hierna).

beeld door middel van bijschrijving – kan men niet spreken van een winstafhankelijke rente.

Ad 2: Omvang winstafhankelijk

Welke winst?

De tweede vraag die van belang is bij het vaststellen of een rente al dan niet winstafhankelijk is, is of de omvang van de rente afhangt van de winst. Hierbij komt direct de subvraag op van welke winst de rente (formeel dan wel materieel) moet afhangen. Deze laatste vraag is – voor zover mij bekend – niet expliciet aan de orde geweest in de jurisprudentie. Naar mijn mening dient in dit kader het begrip winst ruim te worden opgevat, in elk geval ruimer dan de winst die beschikbaar is voor uitdeling of reservering.⁸⁶ Het zou anders immers relatief eenvoudig zijn om onder de voorwaarde winstafhankelijkheid vandaan te blijven. Zowel rente die afhangt van de commerciële winst als rente die afhangt van de fiscale winst, kwalificeren mijns inziens als winstafhankelijk.⁸⁷ Ik ben van mening dat hetzelfde geldt voor een rente die afhankelijk is van een met de winst verbandhoudende grootte, zoals de EBIT.⁸⁸ Bouwman merkt – mijns inziens terecht – op dat niet noodzakelijkerwijs de gehele winst hoeft te dienen als grondslag waarop het percentage wordt toegepast.⁸⁹ Ook indien de rente afhangt van de overwinst, zou sprake moeten zijn van winstafhankelijkheid.

Daarnaast lijkt het mij dat voor de beoordeling van de winstafhankelijkheid verder moet worden gekeken dan slechts naar de winst over één jaar. Zo zou bijvoorbeeld een vergoeding over een lening, die (mede) afhankelijk is van de (gemiddelde) winst van de debiteur, wellicht afhankelijk van de winst kunnen zijn. Voor zover mij bekend is deze kwestie in de jurisprudentie echter (nog) niet aan de orde geweest.⁹⁰ In BNB 1998/208 is weliswaar door belanghebbende naast de looptijd, tevens de winstafhankelijkheid in één van de cassatiemiddelen aan de orde gesteld, maar de Hoge Raad heeft zich over deze kwestie niet nader uitgelaten. De uitzondering deelnemer-

86. In gelijke zin Sommerhalder, R.A., Engelen F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

87. Vergelijk (voor de invulling van het begrip winstafhankelijkheid voor toepassing art. 10, lid 2) ook Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 107.

88. EBIT staat voor Earnings before Interest and Taxes; het resultaat voor rente en belastingen.

89. Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 155 en Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 30.

90. De staatssecretaris lijkt in de parlementaire behandeling van de hybride leningwetgeving een ruime invulling van het begrip winstafhankelijkheid voor te staan. Desgevraagd gaf hij namelijk aan dat zowel afhankelijkheid van de jaarwinst, de totaalwinst als een combinatie van beide, winstafhankelijkheid voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d met zich brengt, Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8.

schap was immers al niet aan de orde vanwege de aanwezigheid van een vaste looptijd.

Beurskoers

Het is denkbaar is dat de vergoeding op een lening (deels) afhangt van de beurskoers.⁹¹ De vraag rijst of afhankelijkheid van de beurskoers kan worden gelijkgesteld met afhankelijkheid van de winst. In de bedrijfseconomie wordt de beurskoers wel gedefinieerd als de contante waarde van de *verwachte* overwinst.⁹² Daarmee lijkt voornoemde vraag bevestigend te worden beantwoord. Daar valt tegenin te brengen dat – hoewel de beurskoers wordt beïnvloed door de winst – beurskoersschommelingen door meer factoren worden veroorzaakt dan de winst alleen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan (wereld)oorlogen, een potentiële overname en de algemene stand van de economie.⁹³ Ook het sentiment van beleggers kan een grote rol spe-

91. Vergelijk in dit verband BNB 1998/208. In die casus bestond de vergoeding voor de obligatiehouders uit twee componenten; een jaarlijkse rente die gelijk was aan de dividenduitkering op de cumprefs en bij aflossing een bedrag dat gerelateerd was aan het gemiddelde van de beurskoersen van de cumprefs van de laatste drie jaren voorafgaand aan een maand voor de datum van aflossing.
92. Een andere benadering is om de prijs van een aandeel te waarderen volgens de discounted cash-flow methode (DCF). Volgens die methode is de prijs van een aandeel de contante waarde van de verwachte dividenden. Zie in dit verband nader Brealy, R.A. & Myers, S.C.; Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996, blz. 59-62, die de volgende formules nader toelichten:

$$P_0 = \sum_{t=1}^H \frac{DIV_t}{(1+r)^t} + \frac{P_H}{(1+r)^H}$$

Hierbij is t het tijdstip van dividenduitdeling en H is de finale periode (tijdstip dat aandeel wordt vervreemd). DIV_t is de dividenduitkering op moment t en P_H is de prijs op het moment van het vreemden van het aandeel. r is de capitalisatievoet (verwachte rate of return op aandelen met een vergelijkbaar risicoprofiel). Indien H nadert aan oneindig (∞) dan resteert de contante waarde van de verwachte dividenden. In formulevorm:

$$P_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{DIV_t}{(1+r)^t}$$

Hiervoor gaf ik al aan dat de dividendaafhankelijkheid van een rente naar mijn mening moet worden gezien als winstafhankelijkheid. Ik ben daarom van mening dat ook deze definiëring van de beurskoers een winstafhankelijke rente betekent.

93. Deze factoren kunnen overigens indirect ook weer invloed hebben op de winst van een vennootschap.

len.⁹⁴ Een goed voorbeeld hiervan is de koersexplosies (overigens vaak gevolgd door enorme koersdalingen) die diverse internet- en IT-fondsen hebben doorgemaakt, terwijl zij veelal geen winsten maar slechts gigantische verliezen lieten zien. Of voor de Hoge Raad de afhankelijkheid van de beurskoers (als contante waarde van de verwachte overwinst) ook per definitie kwalificeert als winstafhankelijk, waag ik te betwijfelen. De toekomst zal één en ander wellicht nader uitwijzen. Zelf ben ik geneigd te zeggen dat – zeker bij meer volatiele fondsen waarvan de koersontwikkelingen voor een belangrijk deel afhangen van exogene factoren als oorlogen en de ontwikkeling van de wereldeconomie – koersafhankelijkheid van een rentevergoeding niet altijd zou moeten kwalificeren als winstafhankelijk. Voor leningen waarvan de vergoeding is gebaseerd op de koersontwikkeling van (solide) aandelen, waarvan de beurskoers voor een belangrijk deel afhankelijk is van de eigen winstontwikkeling van de vennootschap, acht ik het evenwel zeker niet uitgesloten dat de rechter in voorkomende gevallen oordeelt dat sprake is van een winstafhankelijke rente.

Gedeeltelijke winstafhankelijkheid

Verder is het de vraag of sprake is van voldoende winstafhankelijkheid voor een her kwalificatie van een lening tot deelnemerschapslening in de situatie dat een rente slechts gedeeltelijk afhankelijk is van de winst. Te denken valt aan een leenovereenkomst waarbij over de vergoeding is afgesproken dat deze een vaste rente bedraagt van 3% plus 2% van de winst. Art. 10, lid 1, onderdeel d juncto art. 10, lid 2, onderdeel b beperkt rente niet in aftrek bij een lening met een looptijd van meer dan tien jaar en een partieel winstafhankelijke rente, indien het niet van de winst afhankelijke gedeelte van de vergoeding op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen meer bedraagt dan de helft van de marktrente.⁹⁵ Hoe een partiële winstafhankelijkheid voor een potentiële deelnemerschapslening kwalificeert, is echter niet geheel duidelijk. Bouwman leidt uit BNB 1998/208 af dat een gedeeltelijke winstafhankelijkheid met zich brengt dat de uitzondering deelnemerschap niet aan de orde kan komen.⁹⁶ Hoewel de Hoge Raad in r.o. 3.3 van BNB 1998/208 als eis stelt dat '*de vergoeding voor geldverstrekking afhankelijk is van de winst*' en dus niet dat de vergoeding (gedeeltelijk) afhankelijk is van de winst, stelt hij mijns inziens evenmin als eis

94. P-G Van Soest is getuige zijn conclusie bij BNB 1998/208 (punt 6.7) de mening toegedaan, dat – ondanks het feit dat de hoogte van de beurskoers ook van andere factoren afhankelijk kan zijn – de beurskoers toch steeds in zodanige mate de gang van zaken bij het lichaam weerspiegelt dat een beurskoersafhankelijke vergoeding kwalificeert als winstafhankelijkheid vergoeding. In gelijke zin Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

95. Zie hiervoor nader hoofdstuk 4.

96. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 31.

dat de vergoeding geheel afhankelijk moet zijn van de winst.⁹⁷ Daarom laat de Hoge Raad met zijn overweging in mijn ogen (bewust of onbewust) ruimte om ook een gedeeltelijk winstafhankelijke lening aan te merken als deelnemerschapslening. Deze ruimte is door de Hoge Raad gedeeltelijk ingevuld in BNB 2006/82. In casu betrof het een lening met deels een winstafhankelijke vergoeding en deels een vaste rente (1%). De Hoge Raad kwalificeerde de in geding zijnde lening als deelnemerschapslening, ondanks het vaste deel van de rentevergoeding.

Dienaangaande overwoog de Hoge Raad: 'Het rendement op de langstlopende staatsleningen beliep ten tijde van het afsluiten van de onderhavige lening ruim 8 percent per jaar. Daarvan uitgaande en voorts van de veronderstelling dat partijen, zo zij niet zouden hebben beoogd dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar, een aan dat rendement tenminste gelijkwaardige vergoeding voor de lening zouden zijn overeengekomen, moet worden geconcludeerd dat de vergoeding voor de onderhavige lening, zulks conform het kennelijke oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst, vrijwel geheel winstafhankelijk (onderstreping JvS) is en daarmee voldoet aan de desbetreffende eis'.

De vraag rijst wat moet worden verstaan onder 'vrijwel geheel'. Deze frase is in fiscalibus namelijk niet bekend. Juch becijfert in zijn noot onder BNB 2006/82 dat bij een normale marktrente van 8% ten tijde van het aangaan van de lening, en een vaste vergoeding van 1% 'vrijwel geheel' net iets minder is dan nagenoeg geheel (90%).⁹⁸ Waar exact de grens ligt, valt derhalve niet aan te geven.⁹⁹

Materiële winstafhankelijkheid

In beginsel is elke rentebetaling afhankelijk van het resultaat van een onderneming. Indien een onderneming in slecht financieel weer verkeert, zal zij namelijk niet in staat zijn te voldoen aan haar renteverplichtingen. Aangezien in principe elke onderneming dit risico (hoe klein soms ook) loopt, is elke rente dus in beginsel feitelijk winstafhankelijk. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat het begrip winstafhankelijkheid niet zó nauw dient te worden genomen. Dit neemt echter niet weg dat ook een vaste rente winstafhankelijk kan zijn. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in HR 27 januari 1932, B 5159 en HR 28 juni 1933, B 5441. In beide situaties had de aandeelhouder zijn vennootschap slechts minimaal voorzien van aandelenkapitaal. De financiering vond nagenoeg geheel plaats door middel van vastrentende leningen. De rechter oordeelde in beide gevallen dat de vermogensverhoudingen dusdanig abnormaal waren, dat daaruit de conclusie moest worden getrokken dat alleen rente zou worden betaald indien er winst zou worden behaald. Voorts zij gewezen op het nog

97. De stelling van Bouwman dat convertibles, warrantleningen en dergelijke om die reden niet kunnen kwalificeren als een deelnemerschapslening, valt mijns inziens daarom niet (zonder meer) af te leiden uit BNB 1998/208. Ik voel meer voor zijn redenering dat ten aanzien van een convertible niet kan worden gesproken van (gedeeltelijke) winstafhankelijkheid, aangezien er in wezen sprake is van afhankelijkheid van de beurskoers in plaats van een afhankelijkheid van de winst. Vergelijk evenwel mijn eerdere opmerkingen over de afhankelijkheid van de beurskoers.

98. In gelijke zin de redactie van Vakstudie-Nieuws bij V-N 2005/58.19.

99. Duidelijk is wel dat de Hoge Raad geen aansluiting zoekt bij art. 10, lid 2, onderdeel b.

oudere arrest HR 16 juni 1920, B 2473, waarin de Hoge Raad lijkt uit te gaan van een materiële benadering.¹⁰⁰

In een overweging ten overvloede van het Hof Amsterdam in de procedure die heeft geleid tot BNB 1999/176, lijkt ook dit Hof de weg vrij te houden voor de uitzondering deelnemerschap in een situatie waarin een overmatige financiering met vreemd vermogen plaatsvindt.

Het Hof overwoog: *'De verhouding tussen de omvang van de perpetuele lening (f 300 000 000) en het eigen vermogen van bank A (f a) is dusdanig dat niet geoordeeld kan worden dat in casu sprake is van "deelhebben" in bank A door degeen die gelden ter beschikking hebben gesteld'*.¹⁰¹

Voorts wijs ik op Hof 's-Hertogenbosch, 8 februari 2002, V-N 2002/23.17 Ook in dit arrest kwalificeerde het Hof een formeel vaste rente als een winstafhankelijke rente op grond van de extreem scheve verhouding eigen vermogen vreemd vermogen.

Daartoe overwoog het Hof: *'(...) het Hof is van oordeel dat de door belanghebbende gekozen financieringsstructuur, beoordeeld naar het moment van verkoop van de aandelen K aan belanghebbende, ten aanzien van de nakoming van de rente- en aflossingsverplichtingen van de geldlening een grote mate van onzekerheid in zich bergt die, mede gelet op het advies van J (accountants, JvS), tot een, na ommekomst van de bij de geldlening overeengekomen aflossingstermijn van 10 jaren, vele jaren omspannende periode kan leiden vooraleer belanghebbende in staat is de geldlening af te lossen. In de omstandigheden van het geval leidt dit ertoe dat in wezen kan worden gesproken van verplichtingen, voortvloeiende uit de geldlening, waarvan de nakoming zozeer afhankelijk is van toekomstige winsten van belanghebbendes onderneming, dat de geldlening in casu als een winstafhankelijke geldlening dient te worden aangemerkt (onderstrepingen JvS). Daaraan doet niet af dat, gelijk belanghebbende stelt, de resultaten van belanghebbende van 1993 en volgende jaren de verwachtingen hebben overtroffen'*.

100. In dat arrest overwoog de Hoge Raad namelijk dat het 'onverschillig is' of hetgeen wordt ontvangen 'rente wordt genoemd'. Vergelijk Sommerhalder en Engelen in Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470 en Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 155 en Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 30. Anders Haberham, die in dit verband opmerkt: *'Aldaar werd uit Hof Den Haag 12 januari 1972, BNB 1972/232 en uit de uitspraak van Hof Den Haag die leidde tot HR 10 maart 1993, FR 1993/86 afgeleid dat de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen naar tegenwoordig belastingrecht nauwelijks een relevante factor is om vast te stellen of een rentebetaling winstafhankelijk is.'*, Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer 1993, blz. 144. De staatssecretaris staat (in ieder geval voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d) een materiële invulling voor, vergelijk Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 30 en 31 en enigszins genuanceerd Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8.

101. In gelijke zin redactie van Vakstudie-Nieuws onder V-N 1999/13.23.

Een evidente wanverhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen kan dus kennelijk volgens het Hof Den Bosch leiden tot winstafhankelijkheid.¹⁰² Mijns inziens kan een dergelijke wanverhouding in voorkomende gevallen tevens een aanwijzing vormen voor de uitzondering schijn, en mogelijk ook voor de aanwezigheid van een bodemlozeputlening.¹⁰³

In lijn met onder meer V-N 2002/23.17 ben ik van mening dat een extreem scheve verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen bij de debiteur het risico van materiële winstafhankelijkheid met zich brengt. Wel merk ik op dat een belastingrechter mijns inziens slechts in uitzonderlijke gevallen zal concluderen tot een materiële winstafhankelijkheid.¹⁰⁴

Conclusie

De in deze subparagraaf besproken jurisprudentie brengt mij tot de conclusie dat men kan spreken van winstafhankelijkheid indien:

- de omvang van de rente fluctueert met de omvang van de winst; dan wel
- de verschuldigdheid van de rente afhangt van de winst.

Hierbij dient het begrip winst breed te worden opgevat.¹⁰⁵ Uit BNB 2006/82 kan voorts worden afgeleid dat indien sprake is van een rente die vrijwel geheel winstafhankelijk is, ook deze rente kwalificeert als winstafhankelijk ex BNB 1998/208. Naast formele winstafhankelijkheid lijkt een rente ook materieel te kunnen afhangen van de winst. Winstafhankelijkheid bestaat uitdrukkelijk niet indien slechts de betaling van de vergoeding afhankelijk is gesteld van de winst. Dit betekent dat rente die niet hoeft te worden betaald omdat de winst dat niet toelaat, niet afhankelijk is van de winst. Deze rente is uiteindelijk wel verschuldigd, omdat die uiterlijk moet worden betaald/ingehaald bij faillissement, ontbinding of liquidatie.

102. In V-N 2002/23.17 waren overigens geen zekerheden gesteld. Naar verwachting is in situaties waarin zekerheden (zoals garanties van de moedermaatschappij) worden verstrekt, het risico van winstafhankelijkheid kleiner. Overigens rest dan nog wel de vraag, hoe zo'n garantiestelling ten aanzien van een insolvable dochter fiscaal moet worden geduid.

103. Vergelijk in dit verband V-N 2005/32.3.15 (zie paragraaf 3.3.2.2), alwaar het Hof 's-Gravenhage (mede) op grond van een extreem scheve balansverhouding lijkt te concluderen tot een schijnlening.

104. Hierbij teken ik aan, dat met ingang van 1 januari 2004 zogenoemde thin-capitalisationwetgeving is ingevoerd. Deze wetgeving staat centraal in hoofdstuk 7. Jurisprudentie op renteaftrekgebied op dit punt is derhalve minder snel te verwachten. Voor de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling ligt dit anders.

105. Een rente die hetzij in omvang hetzij in verschuldigdheid afhankelijk is van de winst, dan wel van het dividend, is ook winstafhankelijk.

3.4.2.3 Geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie

Dubbel criterium

Volgens de Hoge Raad in BNB 1998/208 kan van een deelnemerschapslening slechts sprake zijn, indien de schuld geen vaste looptijd heeft en slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Dit betekent dat wanneer een lening een vaste looptijd heeft, er in beginsel geen sprake kan zijn van kapitaal. Dit door de Hoge Raad geformuleerde criterium lijkt op het eerste gezicht helder; er is immers of wel, of niet sprake van een vaste looptijd. Bij dit door de Hoge Raad gestelde criterium, wil ik desalniettemin enkele kanttekeningen plaatsten. Bovendien is dit criterium in onder andere BNB 2006/82 door de Hoge Raad nader ingevuld.

Het door de Hoge Raad gestelde criterium 'geen vaste looptijd (...)' bevat in wezen twee cumulatieve eisen. Ten eerste mag de schuld geen vaste looptijd hebben. Ten tweede dient de schuld slechts opeisbaar te zijn bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. De Hoge Raad formuleert dus een algemene regel 'geen vaste looptijd', en vult deze regel direct aan door te stellen dat de lening slechts in drie gevallen opeisbaar mag zijn. De eis 'geen vaste looptijd' is dus eigenlijk niet de door de Hoge Raad gestelde eis, hoewel deze eis in de literatuur veelal als zodanig wordt getypeerd.¹⁰⁶ Met het door de Hoge Raad in BNB 1998/208 geformuleerde criterium blijft mijns inziens overigens nog wel de mogelijkheid open, dat de schuldenaar (eenzijdig) mag beslissen om over te gaan tot aflossing van de schuld. Door het opnemen van zo'n bepaling in een leenovereenkomst ontstaat immers geen vaste looptijd.¹⁰⁷

De eis van de vaste looptijd zou wellicht van belang kunnen zijn, indien in een leenovereenkomst wordt opgenomen dat:

106. Zo noemen Sommerhalder en Engelen paragraaf 3.3.2 van hun bijdrage: 'Achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en geen vaste looptijd (onderstreping JvS)'. Voorts stellen zij het volgende: 'Gelet op de door de Hoge Raad voorgestane beperkte uitleg van het vereiste van "geen vaste looptijd", wordt ons inziens in beginsel slechts dan aan dit vereiste voldaan, indien in de leningsvoorwaarden is opgenomen dat de lening alleen opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Wanneer geen looptijd is overeengekomen, hetgeen betekent dat de lening in beginsel terstond opeisbaar is, dan wel een op een vaststaand tijdstip, bijvoorbeeld na 50 jaar, eindigende looptijd is overeengekomen, is naar onze mening niet voldaan aan het vereiste van "geen vaste looptijd"'. Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470. De conclusie dat er niet is voldaan aan de het door de Hoge Raad opgeworpen criterium is juist, maar de vraag die zij zich stellen is eigenlijk overbodig. De eis is immers niet 'geen vaste looptijd', maar tevens 'slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie'. Aangezien een direct opeisbare lening niet slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie, wordt niet voldaan aan het geformuleerde criterium door de Hoge Raad.
107. In gelijke zin Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470 en Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 158.

1. de lening slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie; en
2. dat de vennootschap op een bepaalde datum zal worden geliquideerd.

In zo'n situatie wordt voldaan aan de eis dat de schuld slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Materieel is er echter wel sprake van een vaste looptijd. Omdat de eis van de Hoge Raad luidt: *'en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie'* sluit ik niet uit dat de Hoge Raad in zo'n geval concludeert dat er wel sprake is van een vaste looptijd. Van een deelnemerschapslening zou in zo'n situatie dan geen sprake zijn.¹⁰⁸ Anders waarschijnlijk A-G Overgaauw, die bij BNB 2006/82 concludeert dat er naar zijn mening sprake is van 'geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie', omdat de vaste looptijd van de geldverstrekking (95 jaar) niet in betekenende mate afwijkt van de wettelijke levensduur van de vennootschap.¹⁰⁹ Hoewel de conclusie van A-G Overgaauw mijns inziens niet volgt uit het door de Hoge Raad in BNB 1998/208 geschetste systeem, sta ik in beginsel niet negatief tegenover zijn benadering.¹¹⁰

Looptijdeis volgens BNB 1998/208

In BNB 1998/208 lijkt de Hoge Raad te hebben beslist dat er geen sprake kan zijn van deelnemerschap, zolang er in de leenovereenkomst maar een looptijd is opgenomen.¹¹¹ De stelligheid van de bewoordingen van de Hoge Raad heeft in de literatuur de vraag opgeroepen, of er niet toch een grens is ten aanzien van de looptijd, en zo ja waar deze grens ligt. Ook de redactie van Fiscaal Up to Date en Brandsma stellen zich deze vraag.¹¹² Brandsma plaatst leningen die onmiddellijk opeisbaar zijn aan de ene kant van het looptijdspectrum en hij plaatst daar eeuwigdurende leningen tegenover. Hij vraagt zich vervolgens af, waar leningen met een looptijd van 500, 5.000 of 50.000 jaar moeten worden geplaatst, en welke looptijd nog zodanig reëel is dat de kwalificatie vreemd vermogen daardoor kan worden veiliggesteld. Gelet op de overweging van de Hoge Raad *'doch slechts (onderstreping JvS) opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie'* ben ik geneigd te stellen dat een vaste looptijd, in

108. Van Soest lijkt echter een andere mening toegedaan. In zijn conclusie bij HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 (punt 6.10) merkt hij namelijk op dat indien een 'lening' ter beschikking staat zolang de activiteiten van de schuldenaar voortgang vinden, er sprake is van een onbeperkte looptijd. In gelijke zin Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

109. De door de A-G voorgestelde benadering is door de Hoge Raad evenwel (waarschijnlijk) niet gevolgd.

110. Vergelijk in dit verband ook de redactie van Vakstudie-Nieuws bij V-N 2005/58.19.

111. Dienaangaande overwoog de Hoge Raad namelijk *'Nu de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, is niet aan alle voorwaarden (onderstreping JvS) voldaan. De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar (onderstreping JvS) bedraagt, brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd'*.

112. Fiscaal Up to Date 1998/495 en Brandsma in zijn noot bij HR 11 maart 1998, FED 1998/272 (=BNB 1998/208).

elk geval met betrekking tot de uitzondering deelnemerschap, voldoende is om te fungeren als 'safe harbour'.

Brandsma wil de looptijdeis meer inhoudelijk beoordelen. Hiervoor moet naar zijn mening niet alleen naar de duur van de geldverstrekking worden gekeken, maar ook naar de hoogte van de aflossing. Een geldverstrekking met een (zeer) lange looptijd, die tevens een aflossing kent die in beginsel niet hoger is dan het nominale bedrag van de geldverstrekking, kwalificeert civielrechtelijk als een geldlening. De hoofdsom moet immers gewoon worden terugbetaald.¹¹³ Brandsma is echter van mening dat – omdat de aflossing in een dergelijke situatie ver op de achtergrond komt te staan – het ter leen verstrekte bedrag het vermogen van de geldverstrekker in wezen blijvend heeft verlaten. De geldverstrekker zal volgens hem hierbij wel (een kans op) een hogere, al dan niet winstafhankelijke, vergoeding eisen. Hij meent dat het accent van de toets van de geldverstrekking daarmee meer verschuift in de richting van de winstafhankelijkheid en de achtergesteldheid. De looptijdeis boet daarmee in aan betekenis.¹¹⁴

Evenals Brandsma ben ik het eens met de uitkomst van BNB 1998/208. In casu was er mijns inziens geen sprake van 'een zekere mate van deel hebben'. Met het door Brandsma voorgestelde alternatief – de hoogte van de aflossing wordt een doorslaggevende factor – en zijn opmerking dat het fiscale trapezewerk door de uitkomst van BNB 1998/208 veiliger en banaler wordt, ben ik het echter niet eens. De eis die de Hoge Raad heeft neergelegd in BNB 1998/208, lijkt mij niet anders te interpreteren dan: zolang er sprake is van een looptijd, kan er geen sprake zijn van een deelnemerschapslening. Met deze opmerking zegt de Hoge Raad volgens mij niet dat een door een aandeelhouder verstrekte lening met een winstafhankelijke rente, die is achtergesteld bij de overige crediteuren en een looptijd heeft van 5.000 jaar, per definitie fiscaalrechtelijk een lening blijft. Een lening met deze voorwaarden kan mijns inziens namelijk mogelijk worden geherkwalificeerd tot kapitaal, met een beroep op de eerste uitzondering van BNB 1988/217, te weten de schijnhandeling.¹¹⁵ Genoemde lening kan mijns inziens echter geen deelnemerschapslening zijn als gevolg van

113. Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 158.

114. Dit betekent overigens niet dat Brandsma het oneens is met de uitkomst van bovenstaande procedure van BNB 1998/208. Naar zijn mening was naar de aflossing in deze casus, mede vanwege de koppeling met de beurskoers, niet van ondergeschikt belang.

115. Bij welke looptijd sprake is van een schijnhandeling, is sterk afhankelijk van de feiten en voldoende niet op voorhand aan te geven. Van een gebrek aan 'fiscaal trapezewerk' kan daarom mijns inziens niet worden gesproken.

de door de Hoge Raad in BNB 1998/208 geformuleerde voorwaarden, waarvan de eis van de looptijd naar mijn mening niet voor meer dan een uitleg vatbaar is.¹¹⁶

Zoals ik hiervoor al aangaf, nuanceren Sommerhalder en Engelen de looptijdeis.¹¹⁷ Zij zijn van mening dat niet wordt voldaan aan de looptijdeis, indien de partijen die bij een lening zijn betrokken in werkelijkheid beoogden de geldverstrekking ter beschikking te stellen aan de schuldenaar zolang deze zijn activiteiten voortzet, dan wel indien het de partijen op het moment van aangaan van de lening duidelijk is of zou moeten zijn dat het tijdstip van faillissement, surséance van betaling of liquidatie is gelegen vóór het einde van de overeengekomen looptijd. Een extreem lange looptijd van bijvoorbeeld 1.000 jaar kan hiertoe volgens hen een belangrijke aanwijzing vormen.¹¹⁸ Ik vraag mij af of een dergelijke nuancering terecht is. Immers, een looptijd van 1.000 jaar is, evenals een looptijd van 50 jaar, een civielrechtelijk vaste looptijd. De Hoge Raad heeft nu juist als eis gesteld dat er slechts sprake kan zijn van deelnemerschap (mits aan de overige voorwaarden is voldaan), indien de lening géén looptijd heeft en slechts opeisbaar is in geval van liquidatie etc. De enige manier om een dergelijke lening te herkwalficeren, is mijns inziens door aannemelijk te maken dat er sprake is van een schijnhandeling. Bij een looptijd van 1.000 jaar acht ik de kans overigens aanzienlijk dat de Hoge Raad concludeert tot een schijnlening.

Brandsma geeft in zijn noot onder FED 1998/272 (= BNB 1998/208) aan dat de aflossingsverplichting van een zeer lang lopende lening materieel weinig voorstelt, indien deze niet hoger is dan het nominale bedrag van de geldverstrekking. Bouwman kan zich hier (wijzend op inflatie) vanuit een economische invalshoek wel in vinden, hoewel de aflossingsverplichting civielrechtelijk overeind blijft.¹¹⁹ In zijn noot onder FED 1998/272 stelt Brandsma samenvattend dat hij de uitkomst van de procedure onderschrijft, doch de gevolgde benaderingswijze niet geheel. Ik begrijp dat Brandsma's voornaamste bezwaar tegen BNB 1998/208 is, dat er in zijn ogen geen sprake is van een vaste looptijd indien de aflossing illusoir is. Strikt genomen is dit (uitgaande van inflatie) voor iedere niet-geïndexeerde lening inderdaad het geval. Doorgaans zit dit risico van geldontwaarding echter verdisconteerd in de vergoeding. Economisch kan je derhalve stellen dat in elke rentebetaling een stuk 'economische' aflossing zit. Civielrechtelijk is dit overigens niet zo; slechts terugbetalingen van de hoofdsom kwalficeren als aflossing.

116. Vergelijk P-G Van Soest bij BNB 1998/208 '(...) *Het houdt in dat een vaste looptijd van 50 jaar, hoewel lang, niet gelijk gesteld mag worden met een in beginsel onbeperkte looptijd. Op dit punt acht het gelijk aan de belanghebbende. Indien men criteria opstelt voor de situatie waarin een schuldvoordring gelijk moet worden aan kapitaal, dan is de onbeperkte looptijd, medebrengende dat de gelden ter beschikking kunnen blijven zolang de activiteiten van de schuldenaar voortgang vinden, daarvoor essentieel*'.

117. Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

118. Het antwoord op de vraag waar in dit verband de grens ligt, laten zij over aan de Hoge Raad.

119. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalficatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 34.

Als de economische benadering van Brandsma moet worden gevolgd en wij deze toepassen op de casus van BNB 1998/208 (zonder rekening te houden met het feit dat de aflossing afhangt van de gemiddelde beurskoers van de cumprefs in de drie jaar voorafgaande aan de aflossing van de obligatielening), dan wordt ook de aflossing in de casus van BNB 1998/208 voor een belangrijk deel illusoir. Ter illustratie dient volgende tabel, waarin de contante waarde van een aflossingsverplichting van € 1.000 wordt weergegeven.

Inflatiepercentage per jaar					
Looptijd in jaren	1	3	5	8	10
10	904	737	599	434	349
50	605	218	80	15	5
100	366	48	6	0,24	0,03
200	134	2,3	0,04	0,00	0,00
250	81	0,49	0,04	0,00	0,00
500	6,6	0,00	0,00	0,00	0,00
1.000	0,04	0,00	0,00	0,00	0,00

Figuur 1: Contante waarde van aflossingsverplichting bij verschillende looptijden en verschillende inflatiepercentages

Uit bovenstaande tabel blijkt dat bij een relatief laag inflatiepercentage van 3% de contante waarde van € 1.000 over vijftig jaar circa een kwart is van de huidige nominale waarde. Bij een inflatiepercentage van 5% bedraagt de materiële aflossingsverplichting minder dan 10%. Dit betekent, kort samengevat, dat de geldgever in vijftig jaar driekwart respectievelijk meer dan 90% van de koopkracht van zijn € 1.000 kwijtraakt. Bij een lening met een looptijd van honderd jaar en een inflatiepercentage van 5% blijft er vrijwel geen materiële aflossingsverplichting over. Zoals gezegd onderschrijft Brandsma de uitkomst van BNB 1998/208. In casu was de aflossing immers in beginsel niet van ondergeschikt belang vanwege de koppeling tussen de beurskoers van de cumprefs en de aflossingsverplichting van de lening. Indien wordt afgezien van deze koppeling, bedraagt de terugbetalingsverplichting slechts de nominale waarde. Ik vraag mij af of Brandsma een reële aflossingsverplichting tussen de 10% en 25% kwalificeert als van aflossingsverplichting van niet ondergeschikt belang. Waar deze grens (ongeveer) zou moeten liggen, wordt uit zijn noot namelijk niet duidelijk. Opvallend is wel dat zowel Brandsma als Sommerhalder en Engelen pas vraagtekens zetten bij extreem lange looptijden. Brandsma vraagt zich namelijk

af waar leningen met een looptijd van 500, 5.000 of 50.000 jaar moeten worden geplaatst op dit het looptijdspectrum. Sommerhalder en Engelen merken op dat '(...) een extreem lange looptijd van bijvoorbeeld 1.000 jaar een belangrijke aanwijzing kan vormen'.¹²⁰ Bouwman vraagt zich af hoe het zit met leningen met begrensde looptijden van 100, 500 en 1.000 jaar.¹²¹ Kijkend naar de bovenstaande tabel, blijkt dat bij een inflatiepercentage van 3% na circa 250 jaar praktisch niets meer overblijft van de economische aflossingsverplichting. Bij looptijden van 500 jaar en langer blijft er op praktisch elk (enigszins reëel) inflatieniveau niets meer over van de economische aflossingsverplichting. Nogmaals zij expliciet opgemerkt dat de juridische aflossingsverplichting echter geheel in stand blijft.

Looptijdeis volgens BNB 2006/82

In BNB 2006/82 geeft de Hoge Raad 'nadere invulling' aan de gestelde eisen in BNB 1998/208.¹²²

Daarin overweegt de Hoge Raad namelijk als volgt: 'Voorts is de looptijd van de lening zodanig lang – meer dan 50 jaar – dat aan de omstandigheid dat de lening een vaste looptijd heeft van 95 jaar zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. Deze opvatting strookt ook met die welke door de gemeenschapswetgever wordt gehuldigd (vgl. de conclusie van de Advocaat-Generaal, onderdeel 3.19). Het moet er derhalve voor worden gehouden dat aan de eis dat de lening geen vaste looptijd heeft, is voldaan'.

Mijns inziens is deze in BNB 2006/82 gekozen benadering niet in overeenstemming met de volgende conclusie van P-G Van Soest bij BNB 1998/208.

'(...) Het houdt in dat een vaste looptijd van 50 jaar, hoewel lang, niet gelijk gesteld mag worden met een in beginsel onbeperkte looptijd. Op dit punt acht het gelijk aan de belanghebbende. Indien men criteria opstelt voor de situatie waarin een schuldvordering gelijk moet worden aan kapitaal, dan is de onbeperkte looptijd, medebrengende dat de gelden ter beschikking kunnen blijven zolang de activiteiten van de schuldenaar voortgang vinden, daarvoor essentieel'.

Evenmin acht ik deze benadering in overeenstemming met de volgende overwegingen van de Hoge Raad in BNB 1998/208.

'Nu de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, is niet aan alle voorwaarden (onderstreping JvS) voldaan. De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar (onderstreping JvS) bedraagt, brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd'.

120. Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

121. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 34.

122. Ook de staatssecretaris spreekt van een verduidelijking, Brief staatssecretaris van 18 april 2006, V-N 2006/22.10.

De Hoge Raad geeft evenwel aan dat zijn benadering strookt met het gemeenschapsrecht en wijst naar punt 3.19 van conclusie van A-G Overgaauw van 14 april 2005 inzake de zaken nr. 40 989 en 40 990.¹²³ In dit punt gaat A-G Overgaauw in op de Interest- en Royaltyrichtlijn.^{124, 125} Waarom de Hoge Raad wijst op en aansluit bij het gemeenschapsrecht is mij niet geheel duidelijk.¹²⁶ Overgaauw merkt in dit verband namelijk juist op dat de ratio van de uitzonderingsmogelijkheden in de Interest- en Royaltyrichtlijn niet geheel duidelijk is.¹²⁷

De door de Hoge Raad in BNB 2006/82 gekozen lijn acht ik opmerkelijk. Voor alle duidelijkheid merk ik op dat de Hoge Raad naar zijn eigen mening niet omgaat, maar het criterium 'geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie' invult als een looptijd van meer dan vijftig jaar. Inmiddels weten wij wel waar wij aan toe zijn, maar mijns inziens viel dit absoluut niet af te leiden uit BNB 1998/208. Uit de overweging in BNB 1998/208 'Nu de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, is niet aan alle voorwaarden (onderstreping JvS) voldaan. De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar (onderstreping JvS) bedraagt, brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd' kon naar mijn mening niet worden afgeleid, dat aan een looptijd van vijftig jaar en een dag wel betekenis moet worden ontzegd. Sterker nog, volgens mij kon uit de hiervoor aangehaalde overweging in beginsel worden afgeleid dat een aan een looptijd van 55, 75 of 95 jaar evenmin zelfstandige betekenis kon worden ontzegd.¹²⁸ Daarnaast acht ik het onbegrijpelijk dat een vaste looptijd van meer dan vijftig jaar wordt aangemerkt als geen vaste looptijd. Ook op de beurs worden namelijk obligaties verhandeld met looptijden langer dan vijftig jaar.¹²⁹ Deze leningen worden economisch noch juridisch als kapitaal aangemerkt. Voor het jaarrekeningenrecht gelden dergelijke leningen eveneens als leningen.

123. Overigens volgt de Hoge Raad de door A-G Overgaauw in punt 2.39 van zijn conclusie voorgestelde benadering ten aanzien van de looptijdeis (waarschijnlijk) niet.

124. Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 juni 2003.

125. Zie 3.19: 'inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard dan ook, (...) al dan niet aanspraak gevend op een aandeel in de winst van de schuldenaar. De bronstaat behoeft de voordelen van de richtlijn echter niet toe te kennen voor "uitkeringen uit schuldvorderingen die de schuldeiser het recht geven deel te nemen in de winst van de schuldenaar" of "uitkeringen uit schuldvorderingen die geen bepalingen betreffende terugbetaling van de hoofdsom bevatten of waarvan de terugbetaling meer dan 50 jaar na de uitgiftedatum verschuldigd is", aldus het bepaalde in artikel 4, eerste lid, onderdelen b respectievelijk d, EG-interest/royaltyrichtlijn'.

126. In dit verband wijs ik er nog op dat de Interest- & Royaltyrichtlijn dateert van 3 juni 2003. Ook de redactie van Vakstudie-Nieuws bij V-N 2005/58.19 acht de verwijzing van de Hoge Raad enigszins opmerkelijk.

127. In gelijke zin de redactie van Vakstudie-Nieuws bij V-N 2005/58.19.

128. Hierbij maak ik een voorbehoud voor de benadering die A-G Overgaauw in punt 2.39 van zijn conclusie voorstelt, en wijs ik op de mogelijkheid om leningen met een extreem lange looptijd met de uitzondering schijn te herkwalficeren tot kapitaal.

129. Zie bijvoorbeeld www.euronext.com.

3.4.2.4 Achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers

Als derde voorwaarde voor deelnemerschap stelt de Hoge Raad in BNB 1998/208 dat *'de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers'*. Dit betekent dat de vordering, op grond van de achterstelling en de niet-opeisbaarheid, mogelijk deelt in het verlies van de vennootschap in geval van faillissement.¹³⁰ De achtergestelde geldverstrekkingen vormen derhalve waarborgkapitaal voor de overige (concurrente) schuldeisers. Overigens lijkt de Hoge Raad de eis van de achterstelling alleen te stellen voor de aflossingsverplichting. Het lijkt geen *conditio sine qua non* dat ook de rentebetalingen zijn achtergesteld. Er wordt immers slechts specifiek gerefereerd aan de schuld. De vraag of een lening is achtergesteld, is sterk feitelijk van aard. De achterstelling vindt namelijk plaats door middel van een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar.¹³¹ Dit betekent dat in de leenovereenkomst doorgaans een paragraaf wordt opgenomen, waarin wordt bepaald dat de rechten van de schuldeiser ondergeschikt zijn aan de rechten van alle (concurrente) crediteuren van de schuldenaar.

In beginsel is het mogelijk dat een vennootschap meerdere achtergestelde schuldeisers heeft. Dit levert voor de toepassing van het begrip deelnemerschap mijns inziens geen problemen op. De Hoge Raad stelt namelijk de eis dat een vordering dient te zijn achtergesteld bij alle *concurrente* schuldeisers. Concurrente crediteuren zijn volgens Bouwman niet-bevoorrechte crediteuren met vorderingen waarvan niet bij overeenkomst of wet is vastgelegd dat zij achtergesteld zijn. Vervolgens merkt hij op dat een lening dient te zijn achtergesteld bij al deze concurrente vorderingen, voordat deze als deelnemerschapslening kan worden aangemerkt.¹³² Dit lijkt mij een te rechte constatering. In het algemeen levert (voorzover ik kan nagaan) de eis van de achterstelling in de praktijk weinig problemen op. Bij mijn weten zijn er geen procedures gevoerd, waarbij de achtergesteldheid in geschil was. Eventueel kan er nog strijd ontstaan over het antwoord op de vraag of een lening formeel niet, doch materieel wel kan zijn achtergesteld. Haberham is van mening dat slechts moet worden gekeken naar de formele invulling.¹³³ Bouwman is het hiermee niet eens. Zijn voorname bezwaar tegen Haberhams zienswijze is dat de praktijk te veel vrijheid krijgt toebedeeld.¹³⁴ Bouwman meent daarom dat ook is voldaan aan de voorwaarde van achterstelling, indien de inspecteur kan aantonen dat – ondanks het ontbreken van een formeel vastgelegde achterstelling – partijen een vordering wel degelijk beschouwen als achtergesteld en daar ook naar handelen.

130. Hierbij zij opgemerkt dat ook concurrente en zelfs bevoorrechte crediteuren kunnen meedelen in het verlies van een vennootschap.

131. Zie art. 3:277 BW.

132. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 34.

133. Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 226.

134. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 33-34.

Art. 3: 277, lid 2, BW luidt: *‘Bij overeenkomst van een schuldeiser met de schuldenaar kan worden bepaald dat zijn vordering jegens alle of bepaalde schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet het toekent’*.

Ik vraag mij af wat Bouwman verstaat onder een ‘formeel vastgelegde achterstelling’. Bedoelt hij hiermee dat zowel de schriftelijk (bijvoorbeeld in de leenovereenkomst) vastgelegde achterstelling, als een mondelinge overeenkomst tot achterstelling onder de achterstelling ex BNB 1998/208 dienen te worden begrepen, dan kan ik mij hierin wel vinden. Het lijkt logisch om voor de invulling van het begrip achterstelling te kijken naar art. 3: 277, lid 2, BW. In dat artikel is niet bepaald dat de overeenkomst ook op schrift moet zijn gezet, zodat ook een mondelinge overeenkomst tot achterstelling mijns inziens valt onder achterstelling zoals bedoeld in BNB 1998/208. Het is echter de vraag of derde crediteuren doorgaans genoeg zullen nemen met een mondelinge overeenkomst van achterstelling tussen schuldeiser en schuldenaar, zoals Bouwman bepleit. Als derde crediteur zou ik mij in ieder geval (bewijstechnisch) een stuk rustiger voelen als de achterstelling van een andere schuldeiser ook schriftelijk was vastgelegd.

3.4.2.5 Conclusie naar aanleiding van de criteria

In het voorgaande werd duidelijk dat de Hoge Raad in BNB 1998/208 voor de uitzondering deelnemerschap een drietal cumulatieve toepassingscriteria heeft gegeven. In BNB 2006/82 zijn deze nader ingevuld. Het grote voordeel deze criteria is dat de bij de leenovereenkomst betrokken partijen bij het vaststellen van die overeenkomst weten waar zij aan toe zijn. Men komt daarmee niet achteraf voor onverwachte verrassingen te staan.¹³⁵ Duidelijke, heldere criteria helpen daarom mee aan een vergroting van de rechtszekerheid. Zeker na BNB 2006/82 bestaat er op veel punten duidelijkheid over de invulling van de uitzondering deelnemerschap. Desalniettemin heb ik enkele kritiekpunten op de huidige stand van de jurisprudentie en de weg daar naartoe.

Ogenschijnlijk formele benadering

Het eerste kritiekpunt betreft de door Hoge Raad gehanteerde systematiek. Sinds BNB 1988/217 staat buiten kijf dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking in beginsel beslissend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie. Deze hoofdregel lijdt slechts in drie gevallen uitzondering: bij een schijnhandeling, bij deelnemen en bij een bodemlozeputlening. De formele hoofdregel lijdt dus uitzondering, indien er materieel geen sprake is van een lening. Daarmee laat de Hoge Raad het materiële prevaleren boven het formele. Deze aanpak juich ik toe. Het opmerkelijke aan de uitzondering deelnemerschap is evenwel dat deze uitzondering zeer formeel wordt ingevuld. In feite formaliseert de Hoge Raad met BNB 1998/208 het materiële. In BNB 1998/208 beslist de Hoge Raad immers dat de materiële uitzondering deelnemer-

135. Vergelijk evenwel de nadere invulling in BNB 2006/82 van de in BNB 1998/208 geformuleerde eis ‘geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie’.

schap kan worden gevat in drie cumulatieve formele criteria. Dat betekent dat een klein verschil in de leningsvoorwaarden (een klein materieel verschil) formeel zoveel invloed heeft, dat dit kleine materiële verschil in beginsel leidt tot grote fiscale verschillen. Met het formaliseren van het materiële heeft de Hoge Raad het materiële weer voor een deel opzijgezet voor het formele. Ik vraag mij af of de Hoge Raad hier een juiste methode volgt. Mijns inziens impliceert een materiële uitzondering een materiële toets. Hiermee ontken ik niet dat winstafhankelijkheid, achtergesteldheid en looptijd belangrijke toetspunten zijn, maar dit zijn niet per definitie de enige eisen. Een ander aspect dat in een materiële toets een aanwijzing kan zijn dat er sprake is van een kapitaalverstrekking in plaats van een lening, is bijvoorbeeld de aanwezigheid van zeggenschap bij de crediteur in de onderneming van de debiteur.¹³⁶

Helderheid criteria

Het tweede kritiekpunt betreft de helderheid van de criteria. Met BNB 1998/208 heeft de Hoge Raad kennelijk de rechtszekerheid willen dienen door een materiële toets te formaliseren. Mijns inziens is de Hoge Raad hierin niet geheel geslaagd. Over de invulling van de criteria van BNB 1998/208 bestond zeker tot BNB 2006/82 namelijk nog steeds onduidelijkheid en onzekerheid.¹³⁷ Het behoeft geen betoog dat onzekerheid en rechtszekerheid zeker niet hand in hand gaan. Ter illustratie wijs ik op de in paragraaf 3.4.2.5 aangehaalde discussie in de literatuur over de eis '*geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie*', die in BNB 2006/82 is beslist door de Hoge Raad. Voorts is ten aanzien van de invulling van de voorwaarde van winstafhankelijkheid met BNB 1999/176, V-N 2002/23.17 en BNB 2006/82 wat meer duidelijkheid gekomen. De invulling van het begrip winstafhankelijkheid is echter geenszins uitgekristalliseerd, ook niet na de invoering van de hybride leningwetgeving in 2002.

Taxplanningsmogelijkheden

Mijn laatste kritiekpunt betreft het feit dat de Hoge Raad met de formulering van de drie criteria in BNB 1988/208 voor de uitzondering deelnemerschap, de deur heeft opengezet voor diverse nationale en internationale taxplanningsmogelijkheden. Een lening wordt immers slechts aangemerkt als deelnemerschapslening, indien wordt voldaan aan alle in BNB 1998/208 geformuleerde voorwaarden. Dit betekent dat de geldnemer en de geldverstrekker samen in principe zelf kunnen bepalen of de uitzondering deelnemerschap al dan niet van toepassing is. Op deze wijze kan een kapitaalstorting, na een kleine aanpassing, als lening door het leven gaan en is het mogelijk om een lening om te vormen tot een verschaffing van eigen vermogen.¹³⁸

136. Uit hoofdstuk 2 bleek dat het niet onmogelijk is dat een crediteur de nodige zeggenschapsrechten bezit, bijvoorbeeld de benoeming van één van de leden van de RvC.

137. Ter illustratie wijs ik op de in paragraaf 3.4.2.5 aangehaalde discussie ten aanzien van de eis '*geen vaste looptijd én slechts opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie*'.

138. Extreme gevallen kunnen mogelijk nog wel door de fiscus worden bestreden met herkwalficatie tot schijnlening en fraud legis.

Zo kunnen de betrokken partijen er voor kiezen buiten de deelnemerschapsuitzondering te blijven, en de renteaftrek of de afwaardering van een vordering veiligstellen. Daarnaast is het mogelijk om op deze wijze, in concernverhoudingen, winst te alloceren bij de moedermaatschappij in plaats van bij de dochtermaatschappij, zoals bij een kapitaalverstrekking zou gebeuren. Dit laatste is bijvoorbeeld aantrekkelijk indien er bij de moedermaatschappij compensabele verliezen aanwezig zijn, terwijl de dochter verkeert in een winstgevende positie (en de vorming van een fiscale eenheid niet wenselijk of niet mogelijk is). Ook in grensoverschrijdende situaties kan het aantrekkelijk zijn om niet onder de uitzondering deelnemerschap te vallen. Door kwalificatieverschillen zou een geldverstrekking door Nederland kunnen worden gezien als een lening met de bijbehorende renteaftrek, terwijl diezelfde geldverstrekking door het buitenland wordt gezien als een kapitaalverstrekking. De omgekeerde situatie is evenzeer mogelijk, vergelijk bijvoorbeeld BNB 2006/82. In casu vielen de 'rentebaten' op een deelnemerschapslening in Nederland onder de deelnemingsvrijstelling, terwijl deze in beginsel ten laste van de winst konden worden gebracht in Frankrijk.¹³⁹

Ook anderszins kunnen betrokken partijen er voordeel bij hebben om een geldverstrekking juist wel onder de uitzondering deelnemerschap te brengen. Dit kan wederom aantrekkelijk zijn in concernverhoudingen, bijvoorbeeld wanneer het noodzakelijk is om de winst juist bij de dochtervennootschap te laten neerslaan om daar compensabele verliezen op te souperen.

Nog een voordeel in internationale verhoudingen van een lening aan een Nederlandse vennootschap in plaats van een kapitaalverstrekking, is gelegen in de heffing van de bronbelasting door Nederland. Nederland heft namelijk geen bronheffing op rentebetalingen. Nederland heft daarentegen meestal wel een bronheffing op uitgaande dividenden.¹⁴⁰ Hoewel de heffing veelal aanzienlijk wordt gemitigeerd op grond van een (bilateraal) Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, is een bescheiden heffing minder aantrekkelijk dan geen heffing zoals bij rente het geval is.

Zoals al is opgemerkt, hebben voornoemde mogelijkheden tot taxplanning mede geleid tot de invoering van reparatiewetgeving (art. 10, lid 1, onderdeel d) met daarbij de nodige overkill.¹⁴¹

139. Vergelijk in dit kader Merks, P.F.E.M. in zijn noot onder FED 2006/29 (= o.a. BNB 2006/82).

140. Afgezien van het van toepassing zijn van de moeder-dochterrichtlijn in Europese verhoudingen. Vergelijk evenwel art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet op de dividendbelasting 1965.

141. In hoofdstuk 4 komt art. 10, lid 1, onderdeel d nog uitgebreid aan de orde. Overigens heeft de staatssecretaris reeds voor de invoering van voornoemde wetgeving actie ondernomen om 'fiscale grensverkenning' tegen te gaan. In dit verband wijs ik op het besluit van 26 april 2000, nr. DB99/3582M, BNB 2000/204, later vervangen door het besluit van 30 maart 2001, RTB2001/1379M, BNB 2001/290. In deze besluiten kondigt hij aan dat er geen zekerheid (meer) wordt verstrekt ten aanzien van de kwalificatie van bepaalde hybride financieringsvormen, zodat het voor belastingplichtigen risicovoller werd om dergelijke financieringsvormen te gebruiken. Situaties waarin wordt ingespeeld op BNB 1998/208 worden aldaar aangeduid als fiscale grensverkenning.

3.5 Uitzondering 3: de bodemlozeputvordering

3.5.1 De bodemlozeputvordering

De derde uitzondering die door de Hoge Raad is geformuleerd in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, betreft de bodemlozeputvordering, oftewel de uitzondering 'aanstonds duidelijk'.¹⁴² Deze uitzondering komt kort gezegd aan de orde in situaties van verliesfinanciering.¹⁴³ Voor zover ik kan nagaan, heeft de Hoge Raad zich voor het eerst in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 expliciet uitgelaten over verliesfinanciering. Vóór die tijd was verliesfinanciering in de literatuur echter ook al een onderwerp van discussie. Eén van de meest gangbare standpunten was dat leningen, waarvan op voorhand duidelijk is dat zij nooit en te nimmer worden terugbetaald, werden geherkwalficeerd tot kapitaal. Naar de mening van Aardema (en in gelijke zin Verseput) vond een herkwalficatie plaats in de situatie van verliesfinanciering, op grond van het onderkennen van een schijnlening.¹⁴⁴ Ook Van der Geld was van mening dat de lening diende te worden geherkwalficeerd tot kapitaal in bepaalde situaties van verliesfinanciering.¹⁴⁵ Op welke gronden deze herkwalficatie dient plaats te vinden, laat hij overigens in het midden.

De door Aardema en Verseput voorgestane benadering lijkt door de Hoge Raad te worden gevolgd in HR 18 februari 1987, BNB 1988/248. In casu oordeelde het Hof 's-Gravenhage dat er sprake was van een informele kapitaalstorting, en wel op grond van het feit dat een dergelijke lening door belanghebbende niet zou zijn verstrekt aan een onafhankelijke derde. Opvallend is dat het Hof hier het 'arm's length-criterium' gebruikt om te komen tot een herkwalficatie van de lening.¹⁴⁶ Van een herkwalficatie op grond van het 'aanstonds duidelijk-criterium' is derhalve (nog) geen sprake. Overigens casseert de Hoge Raad in BNB 1988/248 het oordeel van het Hof wel; niet vanwege de onjuistheid van het rechtsoordeel van het Hof, maar op grond van

142. Een term die in de literatuur ook wel wordt gebruikt om een bodemlozeputvordering mee aan te duiden is 'een storting à fonds perdu', zie bijvoorbeeld Arts, in zijn noot bij HR 15 maart 2000, FED 2000/176.

143. Onder verliesfinanciering wordt in de literatuur doorgaans verstaan: *'het geval dat de vennootschap zodanige verliezen heeft geleden dat haar gehele vermogen verloren is gegaan en de aandeelhouder via leningen of borgstellingen de vennootschap in staat stelt haar activiteiten voort te zetten'*, ontleend aan Verseput, J.G.; De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale brochures Fed, Kluwer, Deventer 1987, blz. 40, ook aangehaald door Haberham in Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 227-228. Vergelijk ook Juch, D.; De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED, Deventer, 1974, blz. 99-101. Zie voor een bespreking van de term verliesfinanciering verder A-G Verburg in zijn conclusie bij BNB 1988/217, paragraaf 8.

144. Aardema, E.; Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbeprij in enige belastingen (I), WFR 1986/817, Verseput, J.G.; De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale Brochures, Fed, Deventer, 1987, blz. 41.

145. Van der Geld, J.A.G.; Het initiatief-wetsvoorstel Vermeend ter aanvulling en reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1986/1265.

146. In gelijke zin Haberham in Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 190.

een niet begrijpelijke en onvoldoende motivering. De gedachtegang dat een lening in een situatie van verliesfinanciering op grond van het 'arm's length-principe' kan worden geherkwalficeerd tot (informeel) kapitaal, werd door de Hoge Raad in BNB 1988/248 echter niet ten principale van de hand gewezen. Met BNB 1988/217, waarin de Hoge Raad het 'aanstonds duidelijk-criterium' formuleerde voor verliessituaties, heeft de Hoge Raad echter onomstotelijk aangegeven hoe situaties van verliesfinanciering fiscaal moeten worden behandeld.¹⁴⁷ Daarmee is tevens de zienswijze van Aardema en Verseput achterhaald.

De Hoge Raad ziet voor de beoordeling van een lening in bepaalde situaties van verliesfinanciering geen plaats voor de herkwalficatie op grond van de 'arm's length-benadering', noch voor herkwalficatie op grond van het onderkennen van een schijnlening. De uitzondering 'aanstonds duidelijk' impliceert namelijk een autonome fiscaalrechtelijke (her)kwalficatie van feiten.¹⁴⁸ In tegenstelling tot de schijnlening staat bij de bodemlozeputlening niet de wil van de betrokken partijen centraal, maar de feitelijke omstandigheden waaronder de lening is verstrekt. Een lening wordt slechts dan geherkwalficeerd, indien er naar de feiten sprake is van een kapitaalverstrekking in plaats van een lening.

3.5.2 De criteria van de bodemlozeputvordering

3.5.2.1 Wanneer is er sprake van een bodemlozeputvordering: criteria

Zoals ik hiervoor al opmerkte, heeft de Hoge Raad zich in BNB 1988/217 voor het eerst expliciet uitgelaten over verliesfinanciering en formuleerde daarbij het criterium 'aanstonds duidelijk'.

De situatie in dit arrest was als volgt. X bv (belanghebbende) hield sinds 1974 uiteindelijk een belang van 70% in A, een in P-land opererende productieonderneming. In 1981 bereidde X bv haar uiteindelijke belang in A uit tot 100%. Vanwege de slechte financiële positie van A verstrekte X bv (uiteindelijk) een aantal additionele financieringen aan A. In de leningovereenkomsten werd opgenomen dat noch de rente noch de aflossing afhankelijk is van het resultaat van A. Evenmin waren de rente en de hoofdsom op enigerlei wijze achtergesteld bij vorderingen van andere crediteuren. In 1980 bracht X bv een afwaardering van de vorderingen op A ten laste van haar winst. De inspecteur was van mening, dat deze afwaardering niet was toegestaan, omdat de aan A verstrekte gelden kwalificeerden als (informeel) kapitaal. Het Hof stelde de inspecteur in het ongelijk, overwegende dat slechts in twee gevallen (schijn en deelnemerschap) een geldlening als een kapitaalverstrekking heeft te gelden. In alle andere gevallen diende volgens het Hof de hoofdregel te worden gevolgd en is de civielrechtelijke

147. Overigens valt niet iedere situatie van verliesfinanciering onder de uitzondering van BNB 1988/217, vergelijk ook de volgende paragraaf waar nader wordt ingegaan op de toepassingsvoorwaarden voor de uitzondering 'bodemlozeputvordering'.

148. Vergelijk Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 229 en vergelijk ook De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.4.8.D.

lijke vorm ook fiscaalrechtelijk beslissend. Deze uitzonderingen deden zich volgens het Hof in casu niet voor. De Hoge Raad was evenwel van mening, dat het Hof een te beperkte opvatting hanteerde omtrent de uitzonderingen op de hoofdregel, en overwoog: *‘Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt, aan deze vennootschap een geldlening verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen – voor zover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap – blijvend heeft verlaten’.*

Met BNB 1988/217 heeft de Hoge Raad, naast de al bekende uitzonderingen schijn en deelnemerschap, de ‘aanstonds duidelijk-uitzondering’ geïntroduceerd. Deze uitzondering is in het kader van de renteaftrek van minder belang dan de overige twee uitzonderingen. Immers, het schrappen van de renteaftrek van een lening die is opgenomen door een sterk verliesgevende vennootschap, leidt normaliter niet tot het ontstaan van belastbare winst.¹⁴⁹ Het belangrijkste pijnpunt voor belastingplichtigen van de uitzondering ‘aanstonds duidelijk’ is dat moedervernootschappen de waardeverminderingen op de verstrekte financieringen aan hun verliesgevende dochtervennootschappen niet ten laste van hun winst kunnen brengen. Afwaarderingen op kapitaalverstrekkingen zoals een bodemlozeputvordering vallen namelijk in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling, zodat afwaardering niet mogelijk is.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad in BNB 1988/217 vallen drie (cumulatieve) criteria af te leiden waaraan een lening moet voldoen, wil er sprake zijn van een bodemlozeputvordering. De lening moet zijn verstrekt:

1. door een belastingplichtige in zijn hoedanigheid van aandeelhouder in een vennootschap waarin hij een deelneming houdt in de zin van art. 13;
2. onder omstandigheden waaruit blijkt dat aan de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het uitgeleende bedrag niet (geheel) zal kunnen worden terugbetaald; en
3. het moet de aandeelhouder ‘reeds aanstonds duidelijk’ zijn, dat het door hem uitgeleende bedrag door de debiteur geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald.

Deze criteria roepen direct de vraag op, hoe deze toepassingsvoorwaarden moeten worden ingevuld. Wanneer is het een moedervernootschap bijvoorbeeld ‘reeds aanstonds duidelijk’ dat de verstrekte gelden aan een verlieslijdende dochtervennootschap niet (geheel) zullen terugkomen? Deze drie toepassingscriteria zijn in de juris-

149. De renteaftrek draagt overigens wel bij aan een toename van de compensabele verliezen van de debiteur.

prudentie nader ingevuld.¹⁵⁰ In de volgende subparagraaf licht ik daarom de door de Hoge Raad geformuleerde criteria, nader toe aan de hand van de jurisprudentie.

3.5.2.2 Aandeelhouderseis

Betekenis aandeelhouderseis

Het eerste criterium brengt bij letterlijke lezing met zich, dat een bodemlozeputvordering niet kan worden verstrekt door een derde, maar slechts door een aandeelhouder. Bovendien lijkt het voor her kwalificatie een vereiste dat het pakket van de aandeelhouder, kwalificeert als een deelneming ex. art. 13.¹⁵¹ Bij het bestuderen van het eerste criterium komt de vraag op, hoe ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder’ dient te worden geïnterpreteerd. Diverse auteurs zijn van mening dat aan deze eis niet of nauwelijks zelfstandige betekenis toekomt. Zij zien de overige twee criteria als de essentialia van de uitzondering ‘aanstonds duidelijk’.¹⁵² Gezien de door de Hoge Raad gebruikte formulering in BNB 1988/217, ben ik van mening dat wel degelijk betekenis moet worden toegekend aan het eerste criterium. Juch merkt op dat men ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder’ dient te lezen als ‘in zijn kwaliteit van aandeelhouder’.¹⁵³ Ook De Vries en De Vries lijken deze benadering voor te staan.¹⁵⁴ Zij zijn namelijk van mening dat, in een situatie van verliesfinanciering, een door een moeder aan haar dochter verstrekte lening niet het karakter van een lening ontbeert indien bijvoorbeeld de zakelijke belangen van de onderneming van de

150. Hierbij wijs ik zonder volledigheid te pretenderen op Hof Amsterdam 15 augustus 1989, FED 1990/235; HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32; HR 6 oktober 1993, BNB 1993/346; HR 4 september 1996, BNB 1997/42; HR 17 september 2004, BNB 2004/409, Hof Amsterdam 20 november 2001, V-N 2002/8.24; Hof Amsterdam 26 juni 2002, V-N 2002/33.2.6; Hof den Bosch 28 februari 2003, V-N 2003/29.19 en HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64. In deze subparagraaf verwoord ik, zonder al deze (en andere) arresten in detail te bespreken, de belangrijkste conclusies die uit de jurisprudentie over bodemlozeputvorderingen te trekken zijn.

151. Gelet op HR 22 november 2002, BNB 2003/34, beter bekend als het Falconarrest, kan waarschijnlijk ook een bodemlozeputvordering in combinatie met een kwalificerend optiepakket onder de deelnemingsvrijstelling vallen, zie hiervoor nader hoofdstuk 5.

152. Zowel Michielse als Haberham zijn deze mening toegedaan, zie Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 62 en Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 234. Van den Bos gaat nog verder. Hij meent namelijk dat ‘in casu de zekerheid met betrekking tot het verlies op de vordering het alles bepalende feit is’, Van den Bos, A.J.; Stamkapitaal, verliesfinanciering en duurzame financieringsvordering, WFR 1988/583. Volgens Van den Bos is er dus in wezen maar één (relevant) toepassingscriterium.

153. Juch, D.; in zijn aantekening bij HR 27 januari 1988, FED 1988/401.

154. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Coursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.4.8.C, I.

moeder (mede) afhankelijk zijn van de activiteiten van de dochter.¹⁵⁵ Van belang is dan wel dat de financiering door de dochter niet (slechts) wordt aangewend om derde crediteuren te voldoen, maar met name worden gebruikt voor het doorstarten van de activiteiten van de dochtervennootschap. Dit is volgens hen aannemelijk indien ook de overige crediteuren tijdelijk afzien van invordering van hun vordering. Bouwman plaatst vraagtekens bij het voorbeeld van De Vries en De Vries.¹⁵⁶ Volgens Bouwman is het in dit voorbeeld namelijk niet zonder meer 'reeds aanstonds duidelijk' dat de gelden niet meer zullen terugkomen.

Hoewel het voorbeeld van De Vries en De Vries discussie met zich brengt of in casu al dan niet aanstonds duidelijk is dat de ter leen verstrekte gelden niet meer terugkomen, achten zowel De Vries en De Vries als Bouwman de opvatting van Van den Bos – dat de zekerheid met betrekking tot het verlies op de vordering het alles bepalende feit is – mijns inziens terecht te prematuur. Er zijn namelijk situaties denkbaar, waarin verliesfinanciering wordt verstrekt op zakelijke (lees: niet-aandeelhouders) gronden. Hoewel ik met Michielse van mening ben dat een derde niet snel een 100%-verlieskans zal accepteren, acht ik dat zeker niet onmogelijk.¹⁵⁷ Zo laat zich bijvoorbeeld de situatie denken, waarin een afnemer van een productiemiddel zijn leverancier door een lening (voorlopig) behoedt voor een faillissement, omdat de afnemer zijn productiemiddel in onderhoud heeft bij de leverancier en deze de enige is die dit productiemiddel kan onderhouden. Ook een aandeelhouder kan dergelijke niet-aandeelhoudersmotieven hebben om een verlieslening te verstrekken. Tevens wijs ik op de situatie waarin de dochter toeleverancier is van halffabrikaten voor de moeder (die voorts niet worden aangeboden in de markt). De moeder zal de dochter in stand willen houden om haar eigen productie veilig te stellen. Ook onafhankelijke derden zouden in zo'n uitzonderlijke situatie bereid kunnen zijn een lening te verstrekken, waarvan reeds aanstonds duidelijk is dat deze niet zal worden terugbetaald.

Als zakelijke overweging voor het verstrekken van een verliesfinanciering valt ook te denken aan het beschermen van de goede naam van de moedermaatschappij door de in zwaar weer verkerende dochtermaatschappij 'in leven' te houden (vergelijk BNB 1988/248 en Hof Arnhem 4 april 1995, V-N 1995/2520). Het failliet laten gaan

155. De vraag rijst of niet in de regel zakelijke motieven ten grondslag liggen aan een schijnbare bodemlozeputlening. Een aandeelhouder is namelijk normaliter niet bereid zomaar geld te storten in een bodemloze put. Het accepteren van dit uitgangspunt betekent naar mijn mening echter niet, dat de afwaardering ineens kan worden genomen. De storting kan wellicht worden gezien als een soort goodwill betaling, die vrijvalt over de jaren dat deze betaling zijn nut afwerpt. De Hoge Raad volgt deze benadering niet. Hij lijkt de lijn te volgen dat indien een onafhankelijke derde de lening niet zou hebben verstrekt, de lening kwalificeert als een bodemlozeputlening, mits aan de voorwaarden is voldaan.

156. Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 160.

157. Michielse, G.M.M.; Thin capitalization in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 62.

van een dochtervennootschap kan namelijk het vertrouwen in de moedermaatschappij van onder meer toeleveranciers, afnemers en banken aanzienlijk schaden.¹⁵⁸ Hoewel normaliter in situaties van verliesfinanciering door een aandeelhouder – waarbij op voorhand vast staat dat het geld niet terug komt – tot een bodemlozeputlening zal moeten worden geconcludeerd, biedt de voorwaarde ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder’ voor belastingplichtigen in uitzonderlijke situaties uitkomst. Deze toepassingsvoorwaarde kan mijns inziens derhalve geen betekenis worden ontzegd en is daarmee een *conditio sine qua non*.

Indirecte verhoudingen

In BNB 1988/217 geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat – wil er sprake zijn van een bodemlozeputvordering – er een lening moet zijn verstrekt door een vennootschap ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder’ van de debiteur. Gelet op deze eis wekt HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32 op het eerste gezicht enige bevreemding. In dat arrest bepaalde de Hoge Raad namelijk dat de uitzondering ook van toepassing kan zijn wanneer een vennootschap (op instigatie van haar moeder) een lening verstrekt aan een zustervenootschap.

X bv (belanghebbende) verkocht in 1976 aan drie nichtjes (de C-vennootschappen) ieder een schip (coaster). De C-vennootschappen bleven een deel van de koopsom schuldig. In datzelfde jaar waardeerde X bv deze vorderingen op de C-vennootschappen af tot nihil. In 1979 wilde de belastingplichtige het verlies van 1976 verrekenen met de in dat jaar behaalde winst. Het Hof stond deze afwaardering evenwel niet toe en concludeerde dat de ‘aanstonds duidelijk-uitzondering’ van toepassing was ‘en dat in casu niet sprake is geweest van een zakelijk verantwoorde transactie met een gelieerde onderneming, maar van een bewuste winstuitdeling van belanghebbende aan haar enige aandeelhoudster, A NV, tot het beloop van het in geding zijnde bedrag’. Het Hof kwam onder meer tot dit oordeel doordat de eigen vermogens van de C-vennootschappen sterk negatief waren, de leningen renteloos waren zonder vaste looptijd en er geen zekerheden waren gesteld, en de exploitatie van de coasters door de C-vennootschappen van het begin af aan verliesgevend is geweest. De Hoge Raad volgende het Hof en oordeelde: ‘Het Hof heeft met juistheid geoordeeld dat sprake is van een middellijke winstuitdeling aan de moedervennootschap van belanghebbende indien bij de verstrekking van de geldleningen aan de C-vennootschappen aan voormeld criterium is voldaan’. Aangaande het feit dat niet de moedervennootschap, maar een dochtervennootschap (of beter gezegd een tante) in deze casus leningen versterkte aan de C-vennootschappen, overwoog de Hoge Raad: ‘Weliswaar houdt belanghebbende zelf geen deelneming in een van de C-vennootschappen aan welke zij leningen heeft verstrekt, maar naar ‘s Hofs oordeel is sprake van een middellijke winstuitdeling aan de moedermaatschappij van belanghebbende indien bij de verstrekking van de onderwerpelijke geldleningen aan de zustermaatschappijen van belanghebbende, zijnde de vorenbedoelde C-vennootschappen, aan het in voornoemd arrest genoemde criterium is voldaan’.

Voor de invulling van de uitzondering ‘aanstonds duidelijk’ valt uit BNB 1993/32 de belangrijke conclusie te trekken dat de uitzondering ook van toepassing kan zijn op een verstrekte lening door een vennootschap aan een zustervenootschap (of nicht-

158. Vergelijk Verburg in zijn conclusie bij BNB 1988/217.

je). Dit betekent dat de uitzondering niet beperkt blijft tot (directe) moeder-dochter-relaties; de Hoge Raad staat een materiële invulling voor van het eerste criterium. Ook in dergelijke situaties is de afwaardering van een bodemlozeputvordering niet aftrekbaar, ondanks dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Het verstrekken van de lening kwalificeert namelijk als verkapte dividenduitdeling, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de debiteur. In Hof Amsterdam 20 november 2001, V-N 2002/8.24 werd deze materiële invulling waarschijnlijk gevolgd door het Hof Amsterdam.

Ook in V-N 2002/8.24 werd een vermeende bodemlozeputvordering verstrekt door een vennootschap aan een nichtje. Het tamelijk ondoorzichtige feitencomplex van V-N 2002/8.24 zag er kort samengevat als volgt uit. In verband met tegenvallende resultaten van X bv (belanghebbende) heeft C (natuurlijk persoon en aandeelhouder van X bv) in de periode maart 1991 – maart 1995 van ruim NLG 3.200.000 verstrekt aan X bv een bedrag. Hierbij heeft C een bedrag ad NLG 635.000 rechtstreeks gestort op een rekening van O bv (nichtje van X bv), maar wel voor rekening van belanghebbende. Belanghebbende wenste in verband met de slechte gang van zaken bij O bv een aanzienlijk deel van voornoemde vordering af te boeken. De inspecteur stond deze afboeking evenwel niet toe. Subsidiair was de inspecteur (onder meer) van mening dat de door belanghebbende aan O bv verstrekte lening zou kwalificeren als een bodemlozeputvordering. Dienaangaande overwoog het Hof: *'Naar het oordeel van het Hof heeft de inspecteur deze stellingen in feitelijke zin niet, althans niet voldoende onderbouwd. In het bijzonder heeft de inspecteur geen feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan aannemelijk zou zijn te achten dat het ten tijde van de verstrekking van de leningen aan O BV in 1991 voor belanghebbende aanstonds duidelijk moest zijn dat O BV niet of niet ten volle tot terugbetaling van de ter beschikking gestelde middelen in staat was'*.

In lijn met BNB 1993/32 komt de inspecteur tot de conclusie, dat er ter zake van de geldverstrekking een verkapte dividenduitdeling aan C heeft plaatsgevonden.¹⁵⁹

Gelet op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie, dient de frase *'op grond van zijn positie als aandeelhouder'* mijns inziens te worden gelezen in de zin dat een herkwalficatie zich slechts kan voordoen, als er aandeelhoudersmotieven in het spel zijn. De tekst van BNB 1988/217 wijst ook uitdrukkelijk in die richting. Hierbij merk ik met klem op dat het niet noodzakelijkerwijs hoeft te gaan om directe moeder-dochterrelaties, maar dat de uitzondering ook toepassing vindt in zusterrelaties (vergeleek BNB 1993/32). Voorts kan in een omgekeerde situatie (een dochter verstrekt een

159. De redactie van Vakstudie-Nieuws voegt hieraan toe: *'(...) gevolgd door – althans dat nemen wij aan – een informele kapitaalstorting in N BV resp. O BV'*. Hoewel ik deze toevoeging in beginsel juist acht, is deze vaststelling voor de uitkomst van de zaak niet van belang. Het constateren tot een winstuitdeling in plaats van een verstrekking van een lening, brengt namelijk met zich dat de (afwaardering op de) geldverstrekking niet aftrekbaar is. De redactie van Vakstudie-Nieuws geeft mijns inziens terecht aan dat uit de uitspraak niet expliciet blijkt dat het Hof zich dit heeft gerealiseerd. Overigens is het zeer wel mogelijk dat Hof zich hiervan terdege bewust is geweest en de door de Hoge Raad in BNB 1993/32 ingeslagen weg heeft bewandeld, maar dit niet expliciet heeft overwogen. Mijns inziens was het beter geweest, als het Hof hier een frase aan had gewijid.

lening aan haar moeder) sprake zijn van een bodemlozeputlening, zie HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64.

Aldaar overwoog de Hoge Raad:

‘Het Hof heeft geoordeeld dat het belanghebbende (de dochtervennootschap, JvS) ten tijde van het verstrekken van de lening duidelijk moet zijn geweest dat de moedermaatschappij in een zodanige financiële positie verkeerde dat zij de van belanghebbende ontvangen lening niet zou kunnen terugbetalen en dat dientengevolge het bedrag van de lening, voorzover dit uitging boven de rekening-courantschuld van belanghebbende aan de moedermaatschappij, als een onttrekking moet worden aangemerkt. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst’.

Dit arrest is mijns inziens volledig in lijn met BNB 1993/32¹⁶⁰ en onderstreept dat de frase ‘op grond van zijn positie als aandeelhouder’ niet te stringent moet worden uitgelegd, maar moet worden gelezen als ‘in gelieerde verhoudingen’.

Met de redactie van Vakstudie-Nieuws acht ik wel de volgende overweging van de Hoge Raad in BNB 2005/64 opmerkelijk:

‘Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal (onderstreping JvS) worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een onttrekking’.

Deze is in BNB 2005/64 nodig omdat het hier een dochter-moederrelatie betreft en geen moeder-dochterrelatie. In het eerste geval kan de lening per definitie altijd worden afgelost door een dividenduitkering.

Daarom overweegt de Hoge Raad: *‘Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering’.*

Als duidelijk is dat de lening zal worden verrekend, is de situatie anders en is nog geen sprake van een onttrekking op het moment van het verstrekken van de lening.¹⁶¹ De onttrekking vindt dan pas plaats op het moment van de dividenduitkering.

Bodemloos versus deelnemerschap en schijn

Uit BNB 1993/32 (zie r.o. 3.2 en 3.3) kan worden afgeleid, dat het ‘aanstonds duidelijk-criterium’ van belang is voor de constatering tot de winstuitdeling. Uit BNB 1993/32, V-N 2002/8.24 en BNB 2005/64 kan mijns inziens echter niet worden afge-

160. In gelijke zin Essers in zijn noot onder BNB 2005/64. Vergelijk tevens de redactie Vakstudie-nieuws in van V-N 2004/57.18 (=BNB 2005/64), die het arrest kwalificeert als ‘baanbrekend, maar aan de andere kant ook weer niet’. De redactie wijst in dit verband nog op Hof Leeuwarden, 18 oktober 2002, V-N 2004/4.14.

161. Vergelijk Essers in zijn noot onder BNB 2005/64.

leid, dat dezelfde weg moet worden gevolgd voor de uitzondering deelnemerschap.¹⁶² Dit komt voort uit het wezenlijke verschil tussen enerzijds de uitzondering aanstonds duidelijk en anderzijds de uitzondering deelnemerschap. Indien een vennootschap een deelnemerschapslening verstrekt aan een zustermaatschappij, verkrijgt de crediteur tegenover de verschuiving van de gelden een recht (de deelnemerschapslening) dat een bepaalde waarde vertegenwoordigt. Er voor de eenvoud van uitgaande dat dit recht vrij verhandelbaar is en dat een derde bereid zou zijn tot koop, is de vennootschap/crediteur niet slechter af door het verstrekken van de deelnemerschapslening. Immers, ook een onafhankelijke derde had een dergelijke lening kunnen verstrekken. Voor een bodemlozeputlening ligt dit anders. Door het verstrekken van een dergelijke lening aan gelieerde partij, een zustervennootschap, is de vennootschap/crediteur slechter af. Een onafhankelijke derde zou zo'n lening niet hebben verstrekt. De dochter wordt min of meer gedwongen door haar aandeelhouder om haar zus te bevoordelen.¹⁶³ Deze bevoordeling loopt dan via de aandeelhouder. Voor een 'reguliere' informele kapitaalstorting zou dit niet anders zijn geweest.¹⁶⁴ Voor een dochter-moederrelatie geldt mutatis mutandis hetzelfde.

De vraag rijst, hoe moet worden aangekeken tegen een vennootschap die een schijnlening verstrekt aan een zustermaatschappij. Gelet op het specifieke karakter van een schijnlening kan hierover mijns inziens in algemene zin geen uitspraak worden gedaan. Ik sluit daarom niet uit dat een schijnlening niet alleen via de moedermaatschappij kan lopen, maar dat een vennootschap in voorkomende gevallen ook een schijnlening kan verstrekken aan een zuster, bijvoorbeeld indien er geen vermogensoverheveling plaatsvindt van de crediteur naar de debiteur omdat de schijnlening een vermogensrecht met een zekere waarde representeert (vergelijkbaar met een deelnemerschapslening).

Deelneming

De vraag hoe de toevoeging '*in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt*' dient te worden geïnterpreteerd, laat zich – mede gelet op wat ik heb opgemerkt ten aanzien van de frase '*op grond van zijn positie als aandeelhouder*' – relatief kort beantwoorden. De toevoeging van de Hoge Raad '*in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt*' dient mijns inziens te worden uitgelegd in het licht waarin het arrest is gewezen.¹⁶⁵ Dat betekent dat de rente evenmin in aftrek op de winst mag komen wanneer een buitenlandse 100%-aandeelhouder een dergelijke lening verstrekt, ondanks het feit dat er geen sprake is van een

162. Vergelijk de redactie van Vakstudie-Nieuws onder V-N 2004/57.18 (= BNB 2005/64) en Essers in zijn noot onder BNB 2005/64.

163. In V-N 2002/8.24 was de aandeelhouder overigens een natuurlijk persoon.

164. Indien (in de casus van V-N 2002/8.24) X bv namelijk bijvoorbeeld op instigatie van C een pand met een waarde van € 1.000.000 verkoopt aan O bv voor € 400.000, dan doet X bv een verkapte dividenduitkering aan C van € 600.000 en stort C (via N bv) een bedrag van € 600.000 in O bv.

165. Het idee achter dergelijke structuren is namelijk om waardeverminderingen van (verliesgevend) dochtervennootschappen ten laste van de winst te brengen door het afwaarderen van vorderingen, aangezien afwaarderingen van de deelneming zelf onder de deelnemingsvrijstelling vallen en dus niet aftrekbaar zijn.

deelneming ex art. 13. Mutatis mutandis geldt mijns inziens hetzelfde voor een dga. De eis voor het bestaan van een deelnemingsverhouding doet evenmin af, aan de toepasselijkheid van de uitzondering deelnemerschap in zusterrelaties en dochtermoederrelaties.

Statisch versus dynamisch

Verder komt de vraag op, of de 'aandeelhouderseis' statisch dan wel dynamisch moet worden uitgelegd. Indien de crediteur na het verstrekken van een bodemlozeputlening de deelneming vervreemdt (of er om andere redenen na verloop van tijd geen sprake meer is van een deelneming) zou dit bij een dynamische uitleg betekenen dat de voormalige bodemlozeputlening niet langer kwalificeert als een zodanige besmette lening. Omgekeerd zou dit met zich brengen, dat indien een niet-aandeelhouder een lening verstrekt waarvan reeds aanstonds duidelijk was dat de gelden niet zouden worden terugbetaald en de crediteur later alsnog een deelneming verworft in de debiteur, de lening op dat moment wellicht besmet zou kunnen raken. Deze kwesties zijn voor zover mij bekend (nog) niet aan de orde geweest in de jurisprudentie. Het lijkt mij echter dat uit BNB 1988/217 kan worden afgeleid, dat de aandeelhouderseis statisch moet worden uitgelegd.

In dit verband wijs ik op de volgende overweging van de Hoge Raad in BNB 1988/217: *'Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt, aan deze vennootschap een geldlening verstrekt (onderstreping JvS) onder zodanige omstandigheden (...)'*.

Op het moment van verstrekken dient er mijns inziens sprake te zijn van een gelieerde verhouding. Indien de relatie tussen crediteur en debiteur later wordt verbroken, verandert de status van de lening dus niet.¹⁶⁶

3.5.2.3 *Vordering komt geen waarde toe*

Er kan alleen sprake zijn van een bodemlozeputvordering bij een lening die is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het ter leen versterkte bedrag niet (geheel) zal kunnen worden terugbetaald. Het moge duidelijk zijn, dat de invulling van dit criterium sterk feitelijk is.¹⁶⁷ Factoren als de kredietwaardigheid van de dochtervennootschap – waarbij onder meer betekenis toekomt aan de liquiditeit- en solvabiliteitsratio's – de winstverwachtingen van de dochtervennootschap, de (verwachte) omvang en duur van de verliezen, en de aanwezigheid van negatief vermogen kunnen bijdragen aan de invulling van het tweede criterium.

166. Wel is het wellicht denkbaar dat de compartimenteringsleer toepassing vindt.

167. In gelijke zin Haberham; Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 227-228.

Uit Hof Amsterdam, 15 augustus 1989, FED 1990/235 (zie hiervoor in paragraaf 3.4.2.2) valt af te leiden dat verliesfinanciering in een situatie van aanloopverliezen niet zonder meer leidt tot de herkwalficatie tot een bodemlozeputvordering.

Het Hof overwoog als volgt: *‘Weliswaar heeft belanghebbende in de eerste vier jaren van haar bestaan kennelijk verliezen geleden, immers haar vermogen bedroeg in 1979 ruim f 900 000 negatief, naar zij ter zitting heeft doen stellen, maar daarmee behoefde nog niet duidelijk te zijn dat belanghebbende na deze korte periode van mogelijke aanloopmoeilijkheden verlieslijdend zou blijven’.*

Uit FED 1990/235 lijkt wellicht te kunnen worden afgeleid, dat de bewijslast voor (het uitblijven van) toekomstige winsten bij de inspecteur ligt.¹⁶⁸ De redactie van Vakstudie-Nieuws bepleitte in V-N 1990/771 (FED 1990/235) dat het juist aan belanghebbende zou moeten zijn om toekomstige winsten aannemelijk te maken. Uit de Hofuitspraak voorafgaande aan BNB 1993/32 valt echter af te leiden, dat de bewijslast om enig (niet aanstonds waarneembaar) vooruitzicht op winst aannemelijk te maken, rust op belanghebbende. De Hoge Raad volgt het Hof hierin. Opgemerkt zij evenwel dat in FED 1990/235 belanghebbende in 1980 een (bescheiden) winst liet zien en dat het Hof mede hierdoor oordeelde dat er geen sprake was van een bodemlozeputlening.¹⁶⁹

In HR 28 januari 1998, BNB 1998/148, slaagde belanghebbende er in om – in ieder geval voor de leningen die waren opgenomen in de prognoses en exploitatiebegroting – aannemelijk te maken dat er geen sprake was van een bodemlozeputvordering, omdat de vordering in eerste aanleg wel waarde leek toe te komen.¹⁷⁰

De Hoge Raad overwoog dienaangaande: *‘Het Hof diende echter, gelet op de stelling van belanghebbende dat de aanvankelijke exploitatiebegroting C BV voldoende ruimte bood te voldoen aan de verplichtingen uit genoemde lening, nader – cijfermatig – tot uitdrukking te brengen in hoeverre de extra lasten, opgeroepen door de verhoging van het investeringsbedrag en de daarmee samenhangende lening, met daartegenover een – mogelijke – verlaging van de huur, in een nieuwe prognose voor C BV een belemmering vormen te voldoen aan genoemde verplichtingen’.*

Hoewel er in BNB 1998/148 slechts wordt gesproken over één lening, bestaat deze lening in wezen uit meerdere door B bv aan C bv verstrekte leningen in verband met de verbouwing en modernisering van een onroerende zaak.¹⁷¹ Dit brengt met zich dat het criterium bodemloze put voor iedere lening separaat moet worden aangelegd. Voor zover deze leningen pasten in de prognoses en de exploitatiebegroting is er

168. In Hof Amsterdam 27 januari 1993, V-N 1993/1430 oordeelde het Hof evenwel dat het aan belanghebbende was om de afwaardering op een lening aannemelijk te maken.

169. Overigens blijkt dit niet zonder meer uit de opbouw van de uitspraak en formulering: *‘Overigens (onderstreping JvS) merkt het Hof op dat belanghebbende over 1980 een belastbare winst van f 71 983 heeft aangegeven’.*

170. Dit arrest is ook van belang voor de invulling van de ‘reeds aanstond duidelijk’-eis in de volgende paragraaf.

171. Vergelijk Essers in zijn noot onder BNB 1988/148.

geen sprake van herkwalficatie, maar mogelijk wel van latere additionele financieringen.¹⁷² Het is naar mijn mening denkbaar om te 'knippen' binnen een lening. Indien voor een deel van de lening reeds aanstonds duidelijk is dat de gelden niet zullen terugkomen en dit voor het resterende deel van de lening geen gegeven is, lijkt een deel van de lening besmet en een deel niet.¹⁷³

3.5.2.4 'Reeds aanstonds duidelijk'-eis

Feitelijke invulling

Ten slotte moet het de aandeelhouder/crediteur aanstonds duidelijk zijn dat het uitgeleende bedrag geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald. Door deze voorwaarde komt de uitzondering slechts aan de orde in evidente situaties van verliesfinanciering. Situaties waarin een zakelijke lening later door onvoorziene omstandigheden onvolwaardig wordt, vallen derhalve niet onder deze uitzondering. Uit de formulering van de laatste voorwaarde blijkt dat de wetenschap van de financiële onvolwaardigheid van de dochtervennootschap bij de moedervennootschap, dient te worden geobjectiveerd.¹⁷⁴ Met andere woorden: de moedervennootschap wist of had moeten weten, dat de ter leen verstrekte gelden niet zouden terugkomen. Opzettelijke dan wel gefingeerde onwetendheid van de moeder ten aanzien van de financiële situatie bij de dochtervennootschap, resulteert logischerwijs niet in het afwenden van herkwalficatie van de lening.

Het 'reeds aanstonds duidelijk'-criterium en het criterium dat de vordering geen waarde toekomt zijn beide sterk feitelijk. Deze voorwaarden dienen te worden ingevuld naar de feiten en omstandigheden, zoals deze golden en bekend hadden kunnen zijn op het moment dat de lening werd verstrekt, vergelijk het hiervoor besproken BNB 1998/148.^{175, 176} Ook in dit verband geldt het adagium 'degene die het ongebruikelijke stelt, dient dit te bewijzen'. In HR 15 maart 2000, BNB 2000/240 slaagde de belanghebbende er voor het Hof niet in het bewijs te leveren dat de uitzondering 'bodemlozeputlening' aan de orde was.

Voor het Hof stond namelijk niet vast dat de leningen in combinatie met de kwijtscheldingen van begin af aan onzakelijk waren. Dienaangaande overwoog het Hof: '*De (...) hiervoor*

172. Hierover zou het verwijzingshof, Hof Amsterdam, zich nader hebben moeten buigen. Bij navraag bleek echter dat deze zaak na zitting is ingetrokken.

173. In theorie kan een vergelijkbare knip worden gemaakt voor een deelnemerschapslening. Het ligt dan echter voor de hand dat sprake is van twee of meer leningovereenkomsten. Voor schijnleningen is theoretisch een knip denkbaar, maar een dergelijke situatie zal zich in de praktijk niet snel voordoen.

174. In gelijke zin Haberham in Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 235.

175. Immers, achteraf is het goed 'voorspellen'. Daarom wordt van de geldverstrekker geen alwetendheid geëist op het moment van het verstrekken van de lening. Enige inspanning om de feiten en omstandigheden te weten te komen, dient geldverstrekker zich echter wel te getroosten.

176. Ook een wijziging in de leningvoorwaarden kan een herkwalficatie van de lening met zich brengen, vergelijk HR 4 september 1996, BNB 1997/42.

weergegeven bewoordingen van de besluiten tot kwijtschelding van de geleende bedragen sluiten niet uit dat (...) door C daadwerkelijk is bedoeld belanghebbende te belonen voor het openen van nieuwe markten en het ontwikkelen van nieuwe producten of dat er bij C of de achterliggende financiers andere zakelijke redenen waren voor die kwijtschelding. (...) dat ook de argumenten inzake de harde concurrentie in de branche en de hoge aanloopkosten argumenten zijn die dikwijls voor de aanvangsfase van een onderneming gelden, maar die niet noodzakelijkerwijs hoeven te leiden tot verdere kapitaaldeelname. Niet zelden wordt ook gewerkt met aanvullende kredietverstrekking om een moeilijke aanloopperiode te overbruggen, dan wel een verlies van reeds verstrekte gelden te voorkomen'.

Hoewel de beslissing van het Hof in BNB 2000/240 nadelig uitpakte voor belanghebbende, kunnen belastingplichtigen in voorkomende gevallen hier hun voordeel mee doen. In cassatie trof het tweede middel van belanghebbende echter wel doel. Dit betrof het feit dat het Hof de stelling van belanghebbende, dat de leningen door de moederverenootschap van belanghebbende aan hem zijn verstrekt onder de 'aanstonds duidelijk-uitzondering', niet had behandeld.¹⁷⁷ Vanwege dit motiveringsgebrek kon de Hoge Raad niet anders dan de zaak verwijzen. Overigens bood dit voor belanghebbende geen soelaas. Belanghebbende slaagde er namelijk niet in aanneemelijk te maken dat het de aandeelhouder reeds aanstonds duidelijk was dat hij zijn gelden niet zou terugkrijgen.¹⁷⁸

Dienaangaande overwoog de Hoge Raad: 'Het Hof heeft voor het bewijs dat het voor de moederverenootschap aanstonds duidelijk was dat de leningen door belanghebbende niet zouden kunnen worden afgelost, van belang geacht wat het motief was voor het handelen van de moederverenootschap jaar in jaar uit door te gaan met de financiering van belanghebbende, en het belanghebbende aangerekend dit motief niet te kunnen vaststellen omdat belanghebbende niet bereid was de namen van de achterliggende (groot-)aandeelhouders te vermelden'.

De einduitkomst van BNB 2004/409 is niet bijzonder interessant, aangezien belanghebbende weigerde bepaalde informatie te verstrekken. Wel kan ook weer uit dit arrest worden afgeleid, dat er voor aandeelhouders kennelijk andere motieven dan aandeelhoudersmotieven bestaan om over te gaan tot verliesfinanciering.

In Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2003, V-N 2003/29.19 ging het vooral over de invulling van het 'aanstonds duidelijk-criterium' en dat dit criterium strikt moet worden uitgelegd.¹⁷⁹

In casu verwijst het Hof eerst naar BNB 2001/364 (de moderne versie van BNB 1988/217) en overweegt vervolgens: 'Voor de derde uitzondering ("bodemloze put", JvS) bedoeld onder 4.1.1 geldt, dat zij intreedt uitsluitend (onderstreping JvS) indien reeds aanstonds bij het verstrekken

177. Op dit punt verschilt BNB 2000/240 van BNB 1996/51. In BNB 1996 had belanghebbende namelijk verzuimd dit tweede cassatiemiddel expliciet in haar cassatieberoepschrift aan te voeren, vergelijk Arts is zijn noot bij 15 maart 2000, FED 2000/176 (=BNB 2000/240).

178. Zie HR 17 september 2004, BNB 2004/409.

179. Overigens stelde de inspecteur naast de aanwezigheid van een bodemlozeputvordering (zonder succes) dat er in casu sprake was van een schijnlening.

van de geldlening duidelijk moet zijn geweest dat het bedrag van de lening als verloren moet worden beschouwd. Reeds omdat niet betwist is, dat ook na de ontvlechting van februari 1994 derden bereid waren aan G kredieten te verstrekken en evenmin is betwist dat ook belanghebbende bijna een jaar later nog een lening heeft verstrekt aan G, welke lening in 1997 blijkbaar aan haar kon worden afgelost, is de Inspecteur er naar 's Hof's oordeel niet in geslaagd aannemelijk te maken, dat de door de Hoge Raad bedoelde derde uitzondering hier optrad'.

Met name de bereidheid van derden om financieringen te verstrekken, spreekt boekdelen in V-N 2003/29.19. Dit zou overigens anders kunnen zijn als derden slechts leningen willen verstrekken onder zeer sterke garanties van bijvoorbeeld een moedermaatschappij, of als derde schuldeisers bevoorrecht zijn boven de aandeelhouder/schuldeiser. Dergelijke situaties wijzen mogelijk in de richting van een bodemlozeputfinanciering.

Wijziging voorwaarden

Uit HR 4 september 1996, BNB 1997/42 valt voorts nog een belangrijke conclusie te trekken voor de uitzondering 'aanstonds duidelijk'.

In BNB 1997/42 overwoog de Hoge Raad namelijk: 'Blijkens de stukken van het geding heeft de Inspecteur onder meer gesteld dat op het moment van inbreng in het vermogen van belanghebbende de vordering op E BV werd omgezet in een achtergestelde, tevens converteerbare lening en dat gelet op de insolventie van E BV sprake was van risicodragend kapitaal. In het licht van deze stellingen kon het Hof niet zonder nadere motivering oordelen dat belanghebbende geen – informeel – kapitaal heeft verstrekt aan E BV'.

Uit BNB 1997/42 kan mijns inziens worden afgeleid dat (ingrijpende) wijzigingen van de leningsvoorwaarden met zich kunnen brengen dat een lening moet worden geherkwalificeerd tot kapitaal. Dit betekent dat de uitzondering 'aanstonds duidelijk' zich niet alleen bij de creatie van een lening kan voordoen, maar ook bij een dusdanige wijziging van de leningsvoorwaarden dat het karakter van die lening wezenlijk verandert.¹⁸⁰ Mijns inziens valt deze conclusie in beginsel ook te trekken voor de twee andere uitzonderingen, zij het dat een wijziging van de leningsvoorwaarden eerder leidt tot het ontstaan van een deelnemerschapslening, dan tot het ontstaan van een schijnlening.

3.5.2.5 Onzakelijke lening zonder herkwalficatie

Getuige Hoge Raad 14 maart 2001, BNB 2001/256 wil het feit dat een lening niet wordt geherkwalificeerd tot kapitaal, niet zonder meer zeggen dat de onvolwaardig geworden vordering kan worden afgewaardeerd ten laste van de winst.

In BNB 2001/256 betrof het een pensioenstichting, die de pensioenregelingen uitvoerde van A bv en de dochterondernemingen van A bv. De aandelen in A bv waren in handen van de drie bestuurders (ieder voor 20%) van deze vennootschap en B nv (voor 40%). De bestuurders van

180. In gelijke zin Essers in zijn noot bij BNB 1997/42.

A bv waren tevens de bestuurders van belanghebbende. In de loop van 1992 kwam A bv in financieel slecht weer terecht. In dat kader verstrekten B nv en belanghebbende in juni 1992 elk een converteerbare, achtergestelde geldlening van f 1 mln aan A bv. Eind 1992 had de vordering van belanghebbende uit hoofde van de hiervoor bedoelde geldlening geen waarde meer. Zij heeft daarom de vordering per 31 december 1992 afgewaardeerd tot nihil. De inspecteur stond deze afwaardering echter niet toe. Het Hof stelde de inspecteur in het gelijk en oordeelde (overigens zonder een verwijzing naar BNB 1988/217 of BNB 2001/364) dat het verstrekken van de in geding zijnde lening door belanghebbende aan A bv heeft plaatsgevonden op onzakelijke gronden. De Hoge Raad achtte dit oordeel feitelijk en niet onbegrijpelijk.¹⁸¹

Ook in BNB 2001/256 werd de door belanghebbende aan A bv verstrekte lening gezien als een lening. In deze zaak werd echter wel duidelijk dat de lening was niet was aangegaan in het kader van de onderneming van belanghebbende, en dat er andere (niet-zakelijke) motieven aan ten grondslag lagen.¹⁸² Een verlies uit de naar wens van de aandeelhouders van belanghebbende verstrekte onzakelijke geldlening, kan volgens het Hof (en de Hoge Raad) niet ten laste worden gebracht van de winst van belanghebbende. In wezen wordt hiermee de lening van de onzakelijke elementen ontdaan.¹⁸³

3.5.2.6 Conclusie naar aanleiding van de criteria

Zoals gezegd, vallen uit BNB 1988/217 drie cumulatieve criteria te destilleren voor de herkwalficatie van een lening tot een bodemlozeputlening. De toepassingsvoorwaarden zijn:

1. de belastingplichtige verstrekt de 'lening' in zijn hoedanigheid van aandeelhouder in een vennootschap waarin hij een deelneming houdt in de zin van artikel 13;
2. de lening is verstrekt in een situatie waaruit blijkt dat aan de geldverstrekking geheel of ten dele geen waarde toekomt, aangezien het uitgeleende bedrag niet (geheel) zal kunnen worden terugbetaald; en
3. het moet de aandeelhouder/crediteur 'reeds aanstonds duidelijk' zijn, dat het door hem uitgeleende bedrag door de debiteur geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald.

181. Overigens lijkt in casu niet de Falcondoctrine (HR 22 november 2002, BNB 2003/34) te worden gevolgd.

182. Vergelijk Essers in zijn noot onder BNB 2001/256. Als onzakelijk motief voor de lening draagt het Hof aan dat de drie directeurs van A bv – tevens bestuurders van belanghebbende – de wens daartoe te kennen hebben gegeven.

183. In dit verband wijs ik tevens op HR 14 april 2006, V-N 2006/20.13. In dat arrest corrigeerde de Hoge Raad een rentelast op een lening met een extreem lange looptijd (tot het jaar 2210). Hij oordeelde dat op grond van goed koopmansgebruik gedurende de looptijd van de lening ieder jaar bij de bepaling van de winst van belanghebbende slechts een bedrag van circa 4% van het gepassiveerde bedrag van circa € 4.500 (dus ongeveer € 180) als rentekosten in aanmerking mocht worden genomen in plaats van de bedongen rente van circa € 36.000 (die overigens pas opeisbaar was in 2210).

Zoals blijkt uit de hiervoor besproken jurisprudentie, dient met name het eerste criterium niet te letterlijk worden gelezen. Blijkens onder meer BNB 1993/32 kan deze uitzondering zich namelijk ook voordoen in bijvoorbeeld zusterrelaties. De Hoge Raad heeft er mijns inziens goed aan gedaan te oordelen dat de criteria van een bodemlozeputlening niet strikt formeel moeten worden uitgelegd. Hierbij wijs ik met name op BNB 1993/32 en BNB 2005/64. De Hoge Raad voorkomt hiermee dat de herkwalficatie van een lening eenvoudigweg kan worden ontweken door het tussenschuiven van een andere vennootschap.

Een onafhankelijke derde die om zakelijke redenen meewerkt aan het voortbestaan van haar debiteur, kan daarentegen niet worden getroffen door BNB 1988/217. Dit betekent voorts dat een aandeelhouder die op zakelijke (niet aandeelhouders-) gronden een verliesfinanciering verstrekt aan een dochtermaatschappij, de afwaardering op zo'n vordering ten laste van de winst kan brengen. Getuige BNB 1988/248 en V-N 1995/2520 is dit evenwel niet altijd eenvoudig aan te tonen.

Verder is van belang dat de toepassingcriteria niet zijn geformuleerd als vaststaande, objectief waarneembare criteria. In tegenstelling tot het eerste criterium (het aandeelhouderschap of beter gezegd de gelieerdheid) bestaan voor de resterende twee criteria namelijk geen (eenvoudig) materieel toetsbare toepassingsvoorwaarden. Hoewel dit enerzijds nadelig kan uitwerken uit het oogpunt van de rechtszekerheid, is het formuleren van objectief waarneembare criteria voor de aanwezigheid van een bodemlozeputlening (evenals voor een schijnlening) praktisch haast onmogelijk en bovendien mijns inziens niet wenselijk. Wel kunnen bepaalde feiten en omstandigheden wijzen in de richting van de aanwezigheid van een bodemlozeputlening. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de aanwezigheid van een negatief eigen vermogen bij de debiteur. Een dergelijke constatering is getuige FED 1990/235 (inzake aanloopverliezen) geen voldoende voorwaarde. Hoewel er in de situatie van een bodemlozeputlening veelal sprake zal zijn van een negatief eigen vermogen voor de schuldenaar, lijkt mij dit evenmin een noodzakelijke voorwaarde. Theoretisch is het namelijk denkbaar dat – hoewel er ten tijde van het verstrekken van een lening er nog geen negatief eigen vermogen is – vaststaat dat de lening desalniettemin niet kan worden terugbetaald. Een andere belangrijke indicator is slechte vooruitzichten bij de debiteur. Zonder dergelijke vooruitzichten zal het normaliter niet aanstonds duidelijk zijn dat de ter leen verstrekte gelden niet worden terugbetaald. Slechte vooruitzichten vormen mijns inziens echter geen voldoende voorwaarde, omdat de terugbetaling van een lening dan namelijk nog kan worden zeker gesteld door bijvoorbeeld pandrechten. Het verstrekken van zekerheden, mits reëel, kan derhalve een middel zijn om het risico van herkwalficatie op grond van de uitzondering bodemloze put te minimaliseren.

Een andere (heel sterke) vingerwijzing in de richting van een bodemlozeputlening, is een ontkennend antwoord op de vraag of een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest zo'n lening te verstrekken onder vergelijkbare voorwaarden. Het feit dat een derde die lening niet wil verstrekken, betekent echter niet zonder meer dat de lening dan dient te worden geherkwalficeerd. Een aandeelhouder/crediteur heeft namelijk

een informatievoorsprong ten opzichte van een derde/crediteur. Alleen daarom al is een concernvennootschap eerder geneigd een risicovolle lening te verstrekken. Van een risicovolle lening kan mijns inziens echter niet worden gezegd dat reeds aanstonds duidelijk is dat de lening niet zal worden terugbetaald. Het feit dat een bank of participatiemaatschappij een dergelijke lening niet wil verstrekken, doet daaraan niet af.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de Hoge Raad er goed aan heeft gedaan, de in BNB 1988/217 geformuleerde toepassingsvoorwaarden niet nader in te vullen met formele criteria.

3.6 De beoordeling van het systeem van BNB 1988/217

3.6.1 Algemeen

Met de in BNB 1988/217 geformuleerde hoofdregel en de drie uitzonderingen daarop heeft de Hoge Raad geprobeerd de fiscaalrechtelijke kwalificatieproblematiek op een systematische wijze op te lossen. Vanwege het grote belang van een juiste kwalificatie heeft de hij er mijns inziens goed aan gedaan uiteen te zetten in welke drie situaties een geldverstrekking die (civielrechtelijk) als lening wordt aangeduid, fiscaalrechtelijk niet als zodanig kwalificeert. Opvallend is echter wel dat de Hoge Raad in BNB 1988/217 de deur naar eventuele andere uitzonderingen nog op een kier leek te houden, terwijl hij deze met BNB 2001/364 definitief lijkt te hebben dichtgeslagen. Uit rechtszekerheidsoogpunt valt voor de benadering BNB 2001/364 veel te zeggen. Het nadeel van het inslaan van deze weg, is dat de Hoge Raad zijn manoeuvreerruimte hiermee beperkt. Hij zal nu namelijk min of meer 'om' moeten, indien zich een vierde uitzondering zou voordoen. Overigens acht ik het niet eenvoudig een geldverstrekking te bedenken die civielrechtelijk kwalificeert als een lening, maar die fiscaal zou moeten worden behandeld als een verstrekking van eigen vermogen. De praktijk is evenwel heel inventief gebleken met het ontwikkelen van geldverstrekkings die zich bevinden in het grijze gebied tussen eigen vermogensvormen en vreemd vermogensvormen. Door recente ontwikkelingen – zoals de invoering van art. 10, lid 1, onderdeel d, art. 10b, art. 10d, alsmede HR 22 november 2002, BNB 2003/34 (beter bekend als het Falconarrest) – is het risico van het ontwikkelen van een 'vierde uitzondering' die niet onder BNB 1988/217 valt te brengen maar waarvan de rente wel aftrekbaar is overigens aanzienlijk gemitigeerd.

De hoofdregel dat de civielrechtelijke kwalificatie in beginsel doorslaggevend is voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie, acht ik een goed gekozen uitgangspositie. De civielrechtelijke vorm is mijns inziens namelijk een goede en bovendien eenvoudige indicator voor de wil van de bij een lening betrokken partijen. Ook juich ik het feit toe dat de Hoge Raad de mogelijkheid open laat om, in afwijking van de civielrechtelijke vorm, fiscaalrechtelijk tot een andersluidende kwalificatie te komen. Op de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingen op de hoofdregel heb ik echter wel enige kritiek en dan met name op de motivatie voor de herkwalficatie in bepaalde gevallen, of beter gezegd het ontbreken daarvan.

3.6.2 *Schijn*

Op de uitzondering schijn heb ik geen aanmerkingen. Het behoeft mijns inziens geen toelichting, dat de kwalificatie van een geldverstrekking dient plaats te vinden op basis van de werkelijke feiten en omstandigheden en niet op basis van gepretendeerde zaken. Zoals ik reeds in paragraaf 3.3 opmerkte, heeft de Hoge Raad voor de uitzondering schijn geen duidelijke, objectief waarneembare toepassingsvoorwaarden geformuleerd. Ik meen dat dit een juiste benadering is: dit gaat niet ten laste van de efficiëntie en er is geen strijdigheid met het uitgangspunt van de rechtvaardigheid. De werkelijke wil van de contractsluitende partijen laat zich naar mijn mening namelijk niet vatten in eenduidige, objectief waarneembare criteria. De werkelijke wil van de contractpartijen is soms lastig te achterhalen, waardoor het gevaar ontstaat dat de Hoge Raad te veel dan wel te weinig zou herkwalficeren op grond van de uitzondering schijn. In beide gevallen wordt de waarheid, en daarmee een juiste rechtstoepassing, geweld aangedaan. Dit is echter inherent aan het gekozen systeem. Daarenboven zij opgemerkt dat de Hoge Raad mijns inziens terecht zeer behoedzaam lijkt om te gaan met herkwalficatiekwesties.

3.6.3 *Deelnemerschap*

Met de uitzondering deelnemerschap worden leningen die materieel kenmerken hebben van een kapitaalverstrekking in wezen geherkwalficeerd tot kapitaal. Voor het fiscale recht gelden dergelijke deelnemerschapsleningen als kapitaal. Hoewel ons hoogste rechtcollege in de regel tamelijk behoedzaam en terughoudend omgaat met de herkwalficatie van leningen tot kapitaal, heb ik toch enkele kanttekeningen bij het de door de Hoge Raad ontworpen systeem ten aanzien van de deelnemerschapslening.

Ten eerste acht ik het opmerkelijk dat de Hoge Raad zelfstandig is overgegaan tot de herkwalficatie van een (deelnemerschapslening) tot kapitaal. In HR 7 februari 1951, B 8939 en HR 5 juni 1957, BNB 1957/239 oordeelde de Hoge Raad nog in de (beperkte antimisbruiks)geest van art. 13, lid 1, onderdeel b, Besluit Vpb 1942, de voorloper van art. 9, lid 1, onderdeel b.¹⁸⁴ In beide arresten werd slechts de rente niet in aftrek toegelaten, wat de (beperkte) bedoeling van de wetgever leek. Uit meer recente jurisprudentie – BNB 1988/217 en BNB 1998/208 – blijkt dat de Hoge Raad is overgegaan tot de herkwalficatie van een lening tot kapitaal. Gelet op BNB 2006/83 gaat de Hoge Raad mijns inziens relatief snel over tot herkwalficatie. Ik ben van mening dat het eerder op de weg van de wetgever gelegen om, indien gewenst, tegen vermeend oneigenlijke gebruik op te treden. Inmiddels is de wetgever hiertoe ook min of meer

184. En ook in de geest van de Leidraad op het Besluit Vpb 1942 is in § 11, zesde lid over art. 13 en art. 14 Besluit Vpb 1942, luidende: 'Ook de aandelen in de (commerciële) winst, toekomende aan houders van winstdelende obligatiën, behoren in het algemeen tot de bedrijfskosten. Een uitzondering is slechts gemaakt voor het geval, dat de obligatiën zijn uitgegeven (al dan niet bij wijze van dividend) aan aandeelhouders, leden (van de coöperatieve of andere vereniging) of deelnemers (van de onderlinge verzekeringsmaatschappij) als zodanig. De mogelijkheid om belasting te ontgaan zou zonder deze uitzondering wijd open staan'.

overgegaan. Met de invoering van de hybride leningwetgeving met ingang van 1 januari 2002, is de 'renteaftrekbeperking' BNB 1998/208 aanzienlijk aangescherpt.

Mijn tweede kritiekpunt op de uitzondering deelnemerschap betreft de door de Hoge Raad in BNB 1998/208 geformuleerde toepassingsvoorwaarden. Zeker na BNB 2006/82 wordt het belastingplichtigen relatief gemakkelijk gemaakt in te spelen op kwalificatieverschillen, in het bijzonder in grensoverschrijdend verband. In BNB 2006/82 was de rente op de deelnemerschapslening in beginsel aftrekbaar in Frankrijk, terwijl de rentebaten in Nederland onbelast waren vanwege de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling. In dit verband merk ik wel op dat iedere grens die door de wetgever of de Hoge Raad wordt gesteld in beginsel manipulatiemogelijkheden kent. Verder zij gewezen op het feit dat de door de Hoge Raad geformuleerde criteria mijns inziens arbitrair zijn, wat ik overigens zie als inherent aan het formuleren van vaste criteria. Een ruim en bewegend criterium dat de rechter de ruimte biedt alle praktijksituaties te beoordelen, zoals bekend van de schijnlening, zou naar mijn mening in beginsel ook mogelijk zijn geweest voor de uitzondering deelnemerschap. Dit zou evenwel weer nadelig uitpakken op het gebied van de rechtszekerheid.

Ten derde bevat het door de Hoge Raad in BNB 1998/208 geïntroduceerde systeem overkill. Indien bijvoorbeeld een niet-aandeelhouder een deelnemerschapslening verstrekt (wat mijns inziens mogelijk is), treedt er – uitgaande van het niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling – dubbele heffing op. Immers, de inlenende vennootschap wordt getroffen door het niet-toestaan van de renteaftrek, terwijl de deelnemingsvrijstelling voor de derde/crediteur niet van toepassing is, op de door hem verstrekte deelnemerschapslening. Onder de hybride leningwetgeving is deze dubbele heffing overigens gecontinueerd. In hoofdstuk 5 kom ik nog uitgebreid terug op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een deelnemerschapslening.

Ten slotte wijs ik op de formulering die de Hoge Raad gebruikt in BNB 1998/208, in relatie tot BNB 2006/82. Uit BNB 1998/208 kon mijns inziens namelijk worden afgeleid dat de uitzondering deelnemerschap in beginsel niet aan de orde kon zijn zolang een lening een looptijd had. Bij een lange looptijd zou de uitzondering schijn wel tot herkwalficatie van de lening kunnen leiden. Hoewel de Hoge Raad in HR 25 november 2005, BNB 2006/82 klare wijn heeft geschonken ten aanzien van het criterium looptijd, had het mijn voorkeur gehad wanneer de Hoge Raad deze duidelijkheid reeds had verschaft in BNB 1998/208.

3.6.4 *Bodemloze put*

Op de uitzondering 'aanstonds duidelijk' heb ik ten slotte relatief weinig aan te merken. Evenals bij de uitzondering schijn, draait het bij deze uitzondering met name om een autonome fiscaalrechtelijke kwalificatie van de feiten en omstandigheden. Daarmee lijkt de uitzondering op het eerste gezicht een species van het genusbegrip schijn. Een fiscaalrechtelijk andere kwalificatie dan de civielrechtelijke vorm betreft

echter niet automatisch een demasqué van een simulatie.¹⁸⁵ Er wordt slecht fiscaal-rechtelijk anders tegen bepaalde volstrekt zuivere rechtshandelingen aangekeken, dan in het civiele recht. Dit impliceert een sterk feitelijke invulling van het criterium, wat resulteert in het ontbreken van eenduidige, objectief waarneembare toepassingsvoorwaarden voor de uitzondering 'aanstonds duidelijk'. Mijns inziens terecht heeft noch de wetgever noch de Hoge Raad noch een van de Hoven getracht deze uitzondering nader in te vullen in criteria. Terecht, omdat dit volgens mij niet goed mogelijk is. Het invoeren van een criteriasysteem met deelnemerschapslening zou vergelijkbare problematiek opleveren.

3.6.5 *Besmette leningen tussen niet-aandeelhouders*

Dat niet-gelieerde partijen geen bodemlozeputlening kunnen verstrekken lijkt mij evident. Praktisch bezien zal dit ook gelden voor schijnleningen. Gelet op de geformuleerde criteria in BNB 1998/208 lijken derden daarentegen wel deelnemerschapsleningen te kunnen verstrekken. Dit lijkt tevens te kunnen worden afgeleid uit BNB 1995/271.

In dat arrest waarin belanghebbende een 'lening' verstrekke aan een dochtermaatschappij (B) waarin de aandeelhouder van belanghebbende een belang van 25% hield, overwoog de Hoge Raad namelijk: *'Ook al zou belanghebbende in zekere mate deelhebben in B (onderstreping JvS), dan nog brengt deze omstandigheid op zichzelf niet mee dat belanghebbende, zoals voor de toepassing van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vereist, aandeelhouder is in de desbetreffende vennootschap, zodat de deelnemingsvrijstelling als bedoeld in die bepaling, niet van toepassing kan zijn'*.

Bij BNB 1995/271 betrof dit echter een geldverstrekking in een zusterverhouding. Uit BNB 1998/208 lijkt echter te moeten worden afgeleid dat een deelnemerschapslening ook mogelijk is in relatie met onafhankelijke derden. Los van het feit dat zowel gelieerde als niet-gelieerde partijen kunnen voldoen aan de voorwaarden zoals geformuleerd in BNB 1998/208, ging de Hoge Raad er in cassatie vanuit dat de in geding zijnde (niet-converteerbare) obligaties werden gehouden door geldgevers uit de kring van institutionele beleggers. Deze waren, voorzover bekend, niet tevens aandeelhouder in belanghebbende (zie punt 3.1.3 van BNB 1998/208). Hieruit kan wellicht worden geconcludeerd dat ook niet-gelieerde partijen in beginsel deelnemerschapsleningen kunnen verstrekken.

Ten aanzien van het verstrekken van bodemlozeputleningen tussen gelieerde partijen (maar niet in moeder-dochterverhoudingen), ligt een en ander mijns inziens genuanceerder. Een essentieel verschil tussen een bodemlozeputvordering en een deelnemerschapslening is – zoals ik in paragraaf 3.5 aangaf – dat aan de eerste in het geheel geen waarde toekomt, terwijl dit niet geldt voor de tweede. Dit betekent naar mijn idee dat zustervennootschappen zowel een bodemlozeputlening als een deelnemerschapslening kunnen verstrekken, maar dat de fiscale behandeling aanzienlijk

185. Vergelijk Hoogendoorn in zijn noot onder BNB 2000/240.

afwijkt. Bij een deelnemerschapslening verstrekt de crediteur de lening rechtstreeks, terwijl een bodemlozeputvordering in wezen via de moeder loopt. Er wordt immers eerst een verkapt dividend door de crediteur aangenomen, gevolgd door een (informele) kapitaalstorting door de moeder. Bij een deelnemerschapslening (tussen zustervennootschappen) vallen waardemutaties en rentebetalingen (waarschijnlijk) niet onder de deelnemingsvrijstelling, vergelijk BNB 1995/271. Hoe rentebetalingen en eventuele latere opwaarderingen van een bodemlozeputlening fiscaal dienen te worden behandeld is mij niet geheel duidelijk. Het lijkt logisch om dergelijke betalingen fiscaal via moeder te laten lopen. Een rentebetaling aan de crediteur zou mijns inziens moeten worden getransformeerd in een verkapte dividenduitkering door de debiteur aan de moedermaatschappij, gevolgd door een informele kapitaalstorting door de moeder in de crediteur. Ik acht de kans dat een dergelijke situatie aan de rechter wordt voorgelegd tamelijk klein aangezien het in de situatie van een bodemlozeputlening niet voor de hand ligt dat er ooit nog rente zal worden betaald.

Ik acht het voor schijnleningen niet mogelijk om in algemene zin een uitspraak te doen over de fiscale behandeling van door niet-aandeelhouders verstrekte schijnleningen. Per situatie zal daarom moeten worden bekeken of de directe methode (vergelijk de deelnemerschapslening) of de indirecte methode (vergelijk de bodemlozeputvordering) moet worden gekozen.

3.7 Samenvatting en conclusies

Algemeen

In dit hoofdstuk stond de eerste groep renteaftrekbeperkingen centraal. De drie renteaftrekbeperkingen uit deze groep zijn door de Hoge Raad voor het eerst in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 op een rij gezet. In dit arrest introduceert de Hoge Raad een systeem waarmee de kwalificatie van een geldverstrekking dient plaats te vinden. Dit systeem houdt in dat voor de kwalificatie van een geldverstrekking in beginsel een formeel criterium wordt gehanteerd, zodat de civielrechtelijke vorm waarin de geldverstrekking is gegoten, beslissend is voor de fiscale gevolgen. In de volgende drie gevallen leidt deze hoofdregel echter uitzondering:

1. er is alleen naar de schijn sprake van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen;
2. de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden, dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar;
3. de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden, dat het de crediteur reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, voor het geheel of voor een gedeelte, geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet, of niet ten volle, zal kunnen worden terugbetaald.

Dat deze opsomming van uitzonderingen limitatief is, blijkt uit HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364.

De genoemde uitzonderingen zijn overigens niet geheel nieuw. De Hoge Raad bediende zich al geruime tijd van de uitzonderingen schijn en deelnemerschap. De introductie van een afgebakend kwalificatiesysteem met één hoofdregel en drie limitatieve uitzonderingen, is daarentegen wel nieuw. De Hoge Raad heeft belastingplichtigen zeker geen slechte dienst bewezen door in BNB 1988/217 door middel van (een op het eerste gezicht) duidelijk afgebakend systeem aan te geven, hoe de fiscaalrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking dient plaats te vinden. Bij een nadere bestudering kunnen bij dit systeem echter wel enkele kanttekeningen worden geplaatst.

Schijn

Ik ben na bestudering van de jurisprudentie tot de conclusie gekomen, dat er voor de uitzondering schijn slechts één toepassingsvoorwaarde bestaat; te weten het vereiste dat de contractpartijen feitelijk een kapitaalverstrekking hebben gewild in plaats van een lening. Deze toepassingsvoorwaarde heb ik het vereiste van 'andersluidende wilsovereenstemming' genoemd. Voorts ben ik tot de conclusie gekomen dat het niet mogelijk is een verzameling heldere en eenduidige criteria op te stellen, die kunnen fungeren als indicator voor de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming. Zaken zoals de renteloosheid, de achtergesteldheid of een winstafhankelijke vergoeding van een lening hebben namelijk niet de status van een harde toepassingsvoorwaarde. Dergelijke factoren kunnen slechts een voorzichtige signaalfunctie vervullen bij het achterhalen van de werkelijke wil van de contractpartijen. Wel lijkt het er op, met name gelet op BNB 1975/189, dat dubbele bewustheid van belang is voor de vaststelling van een schijnlening. Ten slotte merk ik ten aanzien van de uitzondering schijn op, dat het arm's length-criterium niet als aparte uitzondering en evenmin als toepassingsvoorwaarde voor de aanwezigheid van een schijnlening kan worden aangemerkt. Wel kan dit criterium een voorzichtige signaalfunctie voor de aanwezigheid van een schijnlening vervullen. Het voorgaande brengt met zich dat een schijnlening zich mijns inziens niet (eenvoudig) laat vastleggen in eenduidige, heldere en objectief waarneembare criteria. Gelet op de sterk feitelijke invulling van deze uitzondering acht ik het juist, dat de Hoge Raad een behoedzame (her)kwalificatie op basis van de werkelijke feiten en omstandigheden laat prevaleren boven een eenvoudigere (her)kwalificatie op basis van een arbitrair criterium.

Deelnemerschap

De manco's van het door de Hoge Raad geïntroduceerde systeem blijken zich voornamelijk te manifesteren bij de uitzondering deelnemerschap. Zo constateerde ik dat de Hoge Raad er een tamelijke extensieve interpretatie van de uitzondering deelnemerschap op na houdt. Dit betekent niet alleen dat de debiteur van een deelnemerschapslening wordt getroffen door het verlies van een renteaftrekpost, maar ook dat de deelnemerschapslening fiscaalrechtelijk heeft te gelden als een kapitaalverstrekking. Dit resulteert er onder meer in dat een deelnemerschapslening in combinatie met een kwalificerend aandelenbelang de deelnemingsvrijstelling deelachtig wordt, vergelijk BNB 2006/82. Deze her kwalificatie laat de Hoge Raad bovendien plaatsvinden op een drietal cumulatieve doch arbitraire criteria:

1. de vergoeding voor de geldverstrekking is afhankelijk van de winst;
2. de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers; en
3. de schuld heeft geen vaste looptijd doch is slechts opeisbaar bij faillissement, *surséance* van betaling of liquidatie.

Uit de in dit hoofdstuk besproken jurisprudentie concludeer ik dat sprake is van winstafhankelijkheid indien:

- de omvang van de rente fluctueert met de omvang van de winst; dan wel
- de verschuldigdheid van de rente afhangt van de winst.

Hierbij dient het begrip winst breed te worden opgevat. Naast formele winstafhankelijkheid lijkt een rente ook materieel te kunnen afhangen van de winst. In dit verband wijs ik in het bijzonder op Hof 's-Hertogenbosch, 8 februari 2002, V-N 2002/23.17. In die zaak oordeelde het Hof namelijk dat er sprake was van een winstafhankelijke rente op grond van de extreem scheve verhouding tussen eigen en vreemd vermogen. Van een voor toepassing van BNB 1998/208 winstafhankelijke rente is ook sprake bij partiële winstafhankelijkheid, mits de rente 'vrijwel geheel' afhankelijk is van de winst, vergelijk BNB 2006/82. Wat onder vrijwel geheel moet worden verstaan is niet (volledig) duidelijk.

Winstafhankelijkheid bestaat uitdrukkelijk niet, indien slechts de betaling van de vergoeding afhankelijk is gesteld van de winst. Dit is door de Hoge Raad uitgemaakt in HR 17 februari 1999, BNB 1999/176. Voorts kom ik tot de conclusie dat, voor zover ik kan nagaan, de eis van de achterstelling in de praktijk weinig problemen oplevert, aangezien er bij mijn weten geen procedures zijn gevoerd waarbij de achtergesteldheid in geschil was.

Omtrent de looptijdseis bestaat evenwel meer discussie. Verschillende auteurs vragen zich af welke looptijd van een lening nog zodanig reëel is, dat de kwalificatie vreemd vermogen daardoor kan worden veiliggesteld. Gelet op de overweging van de Hoge Raad in BNB 1998/208 '*doch slechts (onderstreping JvS) opeisbaar bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie*' was ik tot BNB 2006/82 geneigd te stellen dat een vaste looptijd, ook al is deze bijzonder lang voor de uitzondering deelnemerschap, voldoende is om te fungeren als 'safe harbour'. Ik zag wel mogelijkheden om (niet-geïndexeerde) leningen met een extreem lange looptijd te herkwalficeren tot kapitaal op grond van de uitzondering schijn. Na BNB 2006/82 is in ieder geval duidelijk dat een looptijd van meer dan vijftig jaar kwalificeert als geen vaste looptijd.

Ik ben van mening dat de Hoge Raad in BNB 1998/208 zijn keuze voor de drie criteria slechts beperkt motiveert. Zo is het bijvoorbeeld de vraag waarom er geen belang wordt gehecht aan zeggenschap. Kenmerkend voor verschaffers van eigen vermogen is namelijk veelal dat zij een zeker stemrecht bezitten. Verder vind ik de verwijzing naar de Interest- & Royaltyrichtlijn ter verdediging van het looptijd criterium van meer dan vijftig jaar een onvoldoende motivering.

Hoewel de door de Hoge Raad in BNB 1998/208 geformuleerde criteria inderdaad belangrijke aanwijzingen vormen voor de aanwezigheid van eigen vermogen, is mij niet helemaal duidelijk waarom de Hoge Raad heeft gekozen voor en zich beperkt heeft tot de hiervoor genoemde drie criteria. Kennelijk vindt hij deze drie criteria de belangrijkste kenmerken van de verstrekking van eigen vermogen. Feit is wel dat de Hoge Raad met het formuleren van de arbitraire criteria in BNB 1998/208, belastingplichtigen de mogelijkheid heeft gegeven tot nationale en internationale winstallootatie en taxplanningsmogelijkheden. Dat de Hoge Raad hiermee niet heeft geoordeeld in de geest van de wetgever, blijkt onder meer uit de per 1 januari 2002 ingevoerde hybride leningwetgeving, die een aanzienlijke aanscherping vormt ten opzichte van BNB 1998/208. In hoofdstuk 4 ga ik nog uitgebreid in op deze wetgeving. Hoewel de Hoge Raad de wetgever in BNB 2006/82 nadert, bestaan er nog belangrijke verschillen tussen de daar geformuleerde criteria voor deelnemerschap en de in art. 10 geformuleerde criteria voor een hybride lening.

Voorts is het zo dat door BNB 1998/208 naast heffingsvacua tevens dubbele heffing kan voorkomen in situaties waarin verstrekken van deelnemerschapsleningen geen aanspraak kunnen maken op de deelnemingsvrijstelling. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op deelnemerschapsleningen bespreek ik nader in in hoofdstuk 5.

Bodemloze put

Een lening kwalificeert slechts als een bodemlozeputvordering, indien aan de volgende drie (cumulatieve) criteria wordt voldaan:

1. de crediteur/belastingplichtige verstrekt de lening in zijn hoedanigheid van aandeelhouder aan een vennootschap waarin hij een deelneming in de zin van art. 13 houdt;
2. onder omstandigheden waaruit blijkt dat aan de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het uitgeleende bedrag niet (geheel) zal kunnen worden terugbetaald; en
3. het moet de aandeelhouder 'reeds aanstonds duidelijk' zijn, dat het door hem uitgeleende bedrag door de debiteur geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald.

Uit deze criteria (met name criterium 1) blijkt dat de uitzondering beperkt is tot situaties binnen concernverband. Dit brengt mee dat indien een onafhankelijke derde uit zakelijke overwegingen een verliesfinanciering verstrekt, (de afwaardering op) deze lening niet kan worden getroffen door BNB 1988/217. Voorts valt uit jurisprudentie – bijvoorbeeld BNB 1993/32 – af te leiden dat de criteria van een bodemlozeputlening niet te letterlijk moeten worden uitgelegd. Toepassing van de uitzondering bodemloze put kan namelijk niet alleen in directe moeder-dochterverhoudingen aan de orde komen, maar ook in situaties waarin een vennootschap een lening à fonds perdu verstrekt aan haar zuster of een dochter aan haar moeder (BNB 2005/64).

Voorts is het van belang op te merken dat afgezien van het eerste criterium (de gelieerdheid van lichamen), er voor de resterende twee criteria geen (eenvoudig) materieel toetsbare toepassingsvoorwaarden vallen aan te wijzen. Overigens neemt dit

niet weg dat bepaalde feiten en omstandigheden zoals de aanwezigheid van een negatief eigen vermogen en een slechte toekomstverwachting bij de debiteur kunnen wijzen in de richting van de aanwezigheid van een bodemloze putvordering.

HOOFDSTUK 4

De hybride leningwetgeving

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk ben ik uitgebreid ingegaan op de arresten BNB 1988/217 en BNB 1998/208. Hierbij bleek onder meer dat de staatssecretaris weinig gelukkig was met de door de Hoge Raad in BNB 1998/208 ingeslagen weg. Illustratief in dit verband is het Besluit van 26 april 2000, nr. DB99/3582M, BNB 2000/204¹, waarin de staatssecretaris kenbaar maakt dat hij ten aanzien van bepaalde hybride financieringsvormen vooraf geen zekerheid wenst te verstrekken over de kwalificatie van zo'n financieringsvorm. Dit besluit 'overruled' evenwel niet de jurisprudentie van de Hoge Raad.² Dit betekende dan ook dat het na BNB 2000/204 mogelijk bleef om hybride financieringen te verstrekken met kenmerken van eigen vermogen, maar die binnen de grenzen blijven van onder andere BNB 1988/217 en BNB 1998/208 voor kwalificatie als vreemd vermogen. Om ongewenste structuren tegen te gaan heeft de wetgever met ingang van 1 januari 2002 wetgeving ingevoerd op het gebied van de fiscale behandeling van hybride leningen. Deze wetgeving moet een dam opwerpen tegen de in de ogen van de wetgever ongewenste uitkomst van BNB 1998/208.

In dit hoofdstuk onderzoek ik de hybride leningwetgeving die per 1 januari 2002 is ingevoerd. Voor een beter begrip van de uiteindelijke regeling besteed ik in paragraaf 4.2 eerst aandacht aan de ontstaansgeschiedenis van deze wetgeving.³ Hierna onderzoek ik paragraaf 4.3 hoe de aftrekbeperking is vormgegeven.⁴ In paragraaf 4.4 wordt de vraag beantwoord wanneer sprake is van een hybride lening. In paragraaf 4.5 ga ik de gevolgen na van de wijziging van leningsvoorwaarden. Vervolgens besteed ik in paragraaf 4.6 aandacht aan het overeenkomen van onzakelijke vergoedin-

1. Later vervangen door het besluit van 30 maart 2001, RTB2001/1379M, BNB 2001/290.
2. Hiervoor is namelijk in beginsel wetgeving nodig.
3. Voor de invoering van art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969 c.s. trachtte de wetgever BNB 1998/208 eerst te repareren in de Wet IB 2001. Deze wetvoorstellen zijn – mede onder druk van de financiële sector – slechts in beperkte mate omgezet in wetgeving. Mede naar aanleiding van het 'mislukken' van deze reparatie heeft de staatssecretaris een studiegroep ingesteld, die onder meer tot taak had te komen tot een meer evenwichtige fiscale behandeling van hybride financieringsvormen, de Studiegroep 'vennootschapsbelasting in internationaal perspectief' onder leiding van Van Rooy.
4. Waar ik hierna refereer aan een wettelijke bepaling wordt bedoeld de Wet Vpb 1969 tenzij uitdrukkelijk anders wordt aangegeven.

gen en in paragraaf 4.7 staat de relatie tussen hybride leningen en fraudes centraal. In paragraaf 4.8 ga ik beknopt in op het overgangsrecht en de gevolgen van de wijzigingen van de hybride leningwetgeving per in 1 januari 2003.

Mede naar aanleiding van mijn bevindingen in de voorgaande paragrafen onderzoek ik in paragraaf 4.9 hoe de hybride leningwetgeving scoort op het door mij in hoofdstuk 1 opgestelde toetsingskader. Dit houdt in dat ik onderzoek in hoeverre art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. rechtvaardig, effectief en efficiënt is. In paragraaf 4.10 ga ik in op de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van de hybride leningwetgeving in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'. Kort samengevat wordt namelijk voorgesteld deze wetgeving in te trekken. Dit hoofdstuk wordt ten slotte in paragraaf 4.11 afgesloten met een samenvatting. De pendant van de hybride leningwetgeving in de deelnemingsvrijstelling, art. 13, lid 3, onderdeel b komt aan de orde in hoofdstuk 5. Dit geldt ook voor de andere onderdelen van de in hoofdstuk 1 gedefinieerde secundaire toets.⁵

4.2 Aanloop naar de hybride leningwetgeving

4.2.1 Voorgestelde reparaties

Bij de invoering van de Wet IB 2001 – waardoor ook vermogenswinsten van particulieren worden belast – was de wetgever mede gelet op BNB 1998/208 en BNB 1999/176 bevreemd, dat de tendens van het ontwikkelen van producten op het grensvlak van eigen vermogen en vreemd vermogen zou worden versterkt.⁶ In eerste instantie wilde de wetgever dit ongewenste effect bestrijden in de inkomstenbelasting, door de invoering van (het inmiddels aangepaste) art. 3.3 Wet IB 2001.⁷ Op grond van het voorgestelde eerste lid, onderdeel b van dit artikel, zouden voordelen uit hoofde van bepaalde geldleningen worden belast tegen het progressieve tarief van box 1 als winst uit onderneming. Het betrof leningen die onder zodanige voorwaarden zijn aangegaan, dat zij in feite functioneren als eigen vermogen van een onderneming of een lichaam, evenals leningen waarvan de vergoeding grotendeels winstafhankelijk is. Deze door de wetgever voorgestelde bepaling leidde echter tot veel onbegrip bij de particuliere beleggers, het bedrijfsleven, de wetenschap en de Raad van State. Onder de Wet IB 2001 worden namelijk alle vormen van inkomsten uit vermogen voor particuliere beleggers in beginsel op forfaitaire wijze belast in box 3, ongeacht of er voor de betalende vennootschap een aftrekpost tegenoverstaat of niet. Door

5. In dit onderzoek ga ik niet nader in op de verhouding tussen art. 9, lid 1, onderdeel b (tekst 2001) en de deelnemerschapslening. Voor een nadere beschouwing over dit onderwerp verwijs ik naar Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 89-94.
6. Vergelijk Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief (commissie-Van Rooy), Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 31 en tevens MvT, TK, 2000-2001, 27 466, blz. 41-42.
7. In eerste instantie bij Nota navnv, TK, 1999-2000, 26 727, als art. 3.2.1.1a Wet IB 2001 voorgesteld. Later is dit artikel vernummerd tot art. 3.3 Wet IB 2001.

hybride leningen te belasten in box 1 zou een weinig logisch en weinig consistent stelsel ontstaan.^{8,9}

Na de kritiek op het voorgestelde art. 3.3, Wet IB 2001 stelde de staatssecretaris een reparatie voor in de vennootschapsbelasting. Het betrof de invoering van een nieuwe bepaling, art. 10, lid 1, onderdeel d. De suggestie van de Raad van State om dit artikel uit de Veegwet te lichten en in een breder kader aanhangig te maken, werd door de wetgever niet overgenomen. Op grond van deze voorgestelde bepaling zou de vergoeding op leningen die materieel het karakter hebben van eigen vermogen worden uitgesloten van aftrek. Lid 2 van voormeld artikel bepaalde vervolgens onder welke voorwaarden een geldlening materieel het karakter heeft van eigen vermogen. Dit karakter werd vastgesteld door de lening te toetsen aan een drietal criteria, te weten:

- de winstafhankelijkheid van de vergoeding;
- de looptijd van de lening; en
- de positie van de crediteuren ten opzichte van andere crediteuren (achterstelling).

Indien werd voldaan aan ten minste twee van de drie criteria, was er op grond van art. 10, lid 1 juncto lid 2 fiscaalrechtelijk sprake van eigen vermogen.¹⁰

4.2.2 **Kritiek op de studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief**

Op het oorspronkelijk voorgestelde art. 10, lid 1, onderdeel d is een stortvloed van kritiek gekomen van onder meer de Raad van State, de Tweede Kamer, de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs en verschillende financiële instellingen.¹¹ Gelet op deze kritiek en gegeven het feit dat het voorgestelde art. 10, lid 1, onderdeel d zou leiden tot onbedoelde effecten, besloot de wetgever het wetsvoorstel bij Nota van Wijziging in te trekken.¹² Dit laat overigens onverlet dat er volgens de wetgever nog steeds de noodzaak bestond tot het treffen van maatregelen. Mede daarom heeft hij op 3 november 2000 de 'studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal per-

8. In gelijke zin, advies Raad van State, TK, 2000-2001, 27 466A, blz. 17.

9. Een dergelijke discussie verwacht ik (helaas) echter niet op korte termijn. De staatssecretaris merkte namelijk dienaangaande op: *'Een algehele herbeschouwing van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen past alleen binnen een brede discussie over de vennootschapsbelasting. (...) Ik sluit niet uit dat dit onderwerp in de toekomst nog onderwerp van studie zal zijn, maar op dit moment bestaan hiertoe geen concrete beleidsvoornemens. Hiervoor is ook geen concrete aanleiding'*. Nader Rapport Raad van State, BP 2002-II, TK 2001-2002, 28 034B. Vergelijk ook Blokland, T.; Aspecten van hybride financiering, FED 2001/658.

10. In Nader Rapport, TK, 2000-2001, 27 466A, blz. 17-18 gaf de staatssecretaris overigens expliciet aan dat er sprake was van eigen vermogen.

11. Advies Raad van State, TK, 2000-2001, 27 466A; Nota navv, TK, 2000-2001, 27 466, blz. 42-44; Brief van 6 november 2000 aan de Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, met name paragraaf 2.1 (blz. 16-26) en de brief van de staatssecretaris aan de leden van de Tweede Kamer d.d. 9 november 2000, TK, 2000-2001, 27 466, blz. 1 en 2.

12. NvW, TK, 2000-2001, 27 466 en zie de brief van de staatssecretaris aan de leden van de Tweede Kamer d.d. 9 november 2000, TK, 2000-2001, 27 466, blz. 1 en 2.

spectief' ingesteld onder leiding van Van Rooy. Deze studiegroep moest zich onder meer buigen over de fiscale behandeling van hybride leningen.¹³ De studiegroep heeft zijn bevindingen vastgelegd in het rapport 'Verbreiding en verlichting', dat vervolgens de nodige kritiek te verduren heeft gekregen.¹⁴

Volgens de studiegroep dient voor de kwalificatie van een geldverstrekking tot hybride lening de mate van winstafhankelijkheid het zwaarste gewicht te krijgen. Hoe de commissie tot deze conclusie komt, staat echter niet in het rapport. In bijlage XXII is een overzicht van de behandeling van hybride instrumenten van andere landen opgenomen.¹⁵ Hieruit kan naar mijn mening echter niet worden geconcludeerd, dat in (de meerderheid van) deze landen de nadruk wordt gelegd op de (winstafhankelijkheid van de) vergoeding bij de beoordeling van het karakter van de geldverstrekking. Zo blijkt uit de bijlage dat het Luxemburgse recht voor het kwalificatievraagstuk een groot belang hecht aan het tijdstip en recht van terugbetaling. In Duitsland en Zwitserland volgt de fiscale kwalificatie in beginsel de commerciële (accounting) kwalificatie.¹⁶ In het Verenigd Koninkrijk speelt de winstafhankelijkheid van een vermogensverstrekking wel een rol bij de kwalificatie, maar dit lijkt geen doorslaggevende rol te zijn. Ditzelfde geldt voor de Verenigde Staten. In België kan het karakter van een lening slechts worden bestreden op grond van algemene beginselen van antisubsidie. In Frankrijk zijn verder vergoedingen op winstdelende leningen aftrekbaar. Dit is anders indien de kenmerken van eigen vermogen tezamen met de winstafhankelijkheid overheersen. In Canada zijn de vergoedingen op winstafhankelijke lening doorgaans niet aftrekbaar, aangezien deze vergoedingen niet onder de Canadese rentedefinitie vallen.¹⁷

Volgens de studiegroep zou herkwalficatie van een lening tot eigen vermogen aan de orde moeten zijn in de volgende drie situaties:

1. de hoogte van de vergoeding op de lening is volledig afhankelijk van het resultaat (de winst) of van de winstuitdeling van de onderneming, en de looptijd is langer dan zeven à tien jaar;
2. de hoogte van de vergoeding op de lening kent een vaste component en een variabele component, waarbij de vaste vergoeding minder bedraagt dan bijvoorbeeld de helft van de marktrente en de variabele component afhankelijk is van de winst of de winstuitkering, en de looptijd langer is dan bijvoorbeeld zeven à tien jaar;

13. Nota navv, TK, 2000-2001, 27 466, blz. 42-43.

14. Stevens, L.G.M.; Fiscale beleidsnotities 2002, WFR 2001/1295, Emmerig, B.; BNB 1988/217 is springlevend! Hoge Raad 10 augustus 2001, nr. 36.662, BNB 2001/364, MBB, 2002/86 en Van der Geld, J.A.G.; Enkele fiscaal-technische opmerkingen bij het rapport Verbreidingen verlichting van de studiegroep vip, WFR 2000/1844.

15. De keuze van de landen die in de bijlage worden besproken – te weten Duitsland, Zwitserland, Luxemburg, België, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Canada en Frankrijk – lijkt overigens willekeurig te zijn, in gelijke zin Emmerig, B.; BNB 1988/217 is springlevend! Hoge Raad 10 augustus 2001, nr. 36.662, BNB 2001/364, MBB, 2002/86.

16. Uitzonderingen zijn evenwel mogelijk.

17. Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreiding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 114.

3. de vergoeding bedraagt een vast percentage van de hoofdsom, maar de verschuldigdheid ervan is afhankelijk van het resultaat of het dividend van de geldnemer. Tevens kent de lening een zeer lange looptijd (meer dan bijvoorbeeld dertig of vijftig jaar) en is de hoofdsom achtergesteld.¹⁸

In het rapport 'Verbreding en verlichting' valt te lezen dat de introductie van de forfaitaire rendementsheffing de tendens zou kunnen versterken om producten te ontwikkelen op het grensvlak van eigen en vreemd vermogen. Kennelijk hoeft dit dus niet zo te zijn. Het is mijns inziens in ieder geval de vraag, hoe groot het risico voor de schatkist is, indien er geen flankerende wetgeving wordt ingevoerd. Een kwantificatie van het budgettaire risico ontbreekt evenwel in het rapport.¹⁹ Het staat volgens mij echter geenszins vast dat – zonder flankerende maatregelen – particuliere beleggers en masse zouden overgaan gaan tot het verstrekken van hybride leningen.

Ter illustratie dient het volgende voorbeeld. De belegger heeft de keus uit een tweetal beleggingen:

- een vastrentende solide obligatielening met een verwacht rendement (na belasting) van 5,8% per jaar;
- een hybride lening met verwacht rendement (na belasting) van 5,9%. Deze verwachtingswaarde is als volgt opgebouwd: de kans dat het rendement 2% bedraagt is 0,7 en de kans dat het rendement 15% bedraagt is 0,3.

Volgens de economische theorie zouden – in een perfecte vermogensmarkt – zonder risico economische subjecten op basis van de verwachtingswaarde $E(r)$ voor de tweede beleggingsvorm kiezen. Wanneer echter risico wordt geïntroduceerd, valt niet zonder meer aan te geven voor welke belegging (of combinatie van beleggingen) de belegger kiest. Dan beoordelen beleggers een belegging namelijk (onder meer) op basis van het positief gewaardeerde verwachte rendement, maar ook op basis van het negatief gewaardeerde risico gemeten als de standaardafwijking van het rendement $\sigma(r)$ van de belegging.²⁰ Zeker de risicomijdende belegger die normaliter belegt in vastrentende obligaties of het geld (tegen een vaste rente) uit heeft staan bij een spaarbank, zal er weinig voor voelen om over te stappen op een achtergestelde winstdelende lening omdat het rendement na belasting op de deze lening eventueel hoger zou kunnen uitpakken.

18. Zie Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 31.
19. Zie voor kritiek op het rapport 'Verbreding en verlichting' tevens Emmerig, B.; BNB 1988/217 is springlevend! Hoge Raad 10 augustus 2001, nr. 36.662, BNB 2001/364, MBB, 2002/86.
20. De standaarddeviatie is de vierkantswortel van de variantie (σ^2): variantie (\tilde{r}_m) = de verwachtingswaarde van $(\tilde{r}_m - r_m)^2$. Hierbij is \tilde{r}_m het werkelijke rendement en r_m is het verwachte rendement. In formulevorm ziet dit er als volgt uit:

$$\text{Variantie } (\tilde{r}_m) = \frac{1}{N-1} \sum_{t=1}^N (\tilde{r}_{mt} - r_m)^2$$

Voor een nadere bespreking van het verband tussen (verwacht) rendement en risico, verwijst ik naar Brealey, R.A. & Myers, S.C., Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996, hoofdstukken 7 en 8.

Daarnaast is het de vraag in hoeverre ondernemingen het wenselijk achten om risicomijdend vreemd vermogen te vervangen door meer risicodragend vreemd vermogen. De kosten die aan risicodragend vreemd vermogen zijn verbonden, zijn immers hoger vanwege de vereiste risicopremie. Voorts vormt risicodragend vreemd vermogen geen volkomen substituuut voor eigen vermogen. Veelal zullen banken liever een ('normaal') krediet verstrekken aan een vennootschap met een relatief hoog percentage eigen vermogen, dan aan een vennootschap die met minder 'echt' eigen vermogen is gefourneerd – maar voor het overige in dezelfde omstandigheden verkeert – en in de plaats daarvan is gefinancierd met hybride financieringsinstrumenten. Ten slotte bestaat er na de invoering van art. 10d (dit artikel wordt nog uitgebreid behandeld in hoofdstuk 7) nog een fiscale belemmering op het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen.

Van der Geld meent dat voorgestelde aanpassingen in de vennootschapsbelasting kennelijk voortkomen uit onvrede met de door de Hoge Raad getrokken grens, omdat de duidelijkheid van deze grens het ook mogelijk maakt er rekening mee te houden in de tax planning.²¹ Hoewel ik deze verklaring van Van der Geld zeker plausibel acht, blijkt zowel uit de parlementaire toelichting bij het voorgestelde art. 3.3 Wet IB 2001 en het voorgestelde art. 10, lid 1, onderdeel d als uit het rapport Verbreding en verlichting slechts dat de voorgestelde invoering van hybride leningregelgeving voor een belangrijk deel is ingegeven door de lage belastingheffing over hybride geldverstrekkingen door particulieren. De oorspronkelijk voorgestelde regeling was met name in het leven geroepen om te voorkomen dat particuliere beleggers na de invoering van de Wet IB 2001 in groten getale hybride leningen gaan verstrekken, en niet om (internationale) tax planning structuren te bestrijden. Wel ademt het uiteindelijke wetsvoorstel van art. 10, lid 1, onderdeel d meer de sfeer uit van wetgeving (mede) gericht tegen het gebruik maken van internationale kwalificatieverschillen.²² Het is niet geheel duidelijk waarom de studiegroep Verbreding en verlichting een dergelijke specifieke oplossing in de vennootschapsbelasting voorstelt. Met de NOB ben ik van mening dat een reparatie in de inkomstenbelasting veel meer voor de hand had gelegen, omdat het 'probleem' – voor zover daarvan al sprake is – voortkomt uit de behandeling in de inkomstenbelasting.²³

21. Van der Geld, J.A.G.; Enkele fiscaal-technische opmerkingen bij het rapport Verbredingen verlichting van de studiegroep vip, WFR 2000/1844.

22. Overigens blijkt dit niet met zoveel woorden uit de MvT. In MvT, TK 2001-2002, 28 034, blz. 7, merkt de staatssecretaris namelijk het volgende op: 'De Studiegroep (...) heeft in haar rapport aangegeven dat een nadere wettelijke invulling van deze criteria kan voorkomen dat louter fiscaal gedreven producten worden benut of ontwikkeld op het grensvlak van eigen en vreemd vermogen'.

23. Brief van 6 november 2000 aan de Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Opvallend is verder dat de commissie-Van Rooy in haar rapport twee randvoorwaarden noemt:

- bancaire producten of transacties die niet fiscaal zijn geïndiceerd, moeten zoveel mogelijk ongemoeid worden gelaten; en
- het Nederlandse bedrijfsleven moet internationaal niet uit de pas gaan lopen.²⁴

Gelet op de bovenstaande beschreven behandeling van hybride financiering in het buitenland, is het echter de vraag of Nederland met de voorgestelde maatregelen niet juist uit de pas gaat lopen. Bovendien is het – gezien het stringente karakter van de door de commissie voorgestelde regels – in het geheel niet zeker dat niet-fiscaal geïndiceerde bancaire producten en transacties ongemoeid worden gelaten.

4.3 Beperking renteaftrek

4.3.1 Werking aftrekbeperking op hoofdlijnen

In de parlementaire geschiedenis van het uiteindelijke art. 10, lid 1, onderdeel d juncto art. 10, leden 2, 3 en 4 wordt veelvuldig verwezen naar het rapport 'Verbreding en verlichting'. Mede daaruit blijkt dat de aanbevelingen van deze studiegroep een belangrijke rol hebben gespeeld in de totstandkoming van de hybride leningwetgeving.²⁵ Deze aanbevelingen hebben er uiteindelijk mede toe geleid dat een lening feitelijk functioneert als eigen vermogen ingeval en rehtens dan wel in feite²⁶:

- a. de hoogte van de vergoeding volledig afhankelijk is gesteld van de (uitdeling van de) winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam²⁷ in de zin van art. 10a, lid 4, en de lening geen vaste aflossingsdatum heeft of een aflossingsdatum die meer dan tien jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening;
- b. de hoogte van de vergoeding gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van de (uitdeling van de) winst van de belastingplichtige. Het niet van de winst afhankelijke gedeelte van de vergoeding bedraagt op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen minder dan de helft van de marktrente die geldt voor overigens vergelijkbare leningen, waarvan de vergoeding niet winstafhankelijk is. De lening heeft geen vaste aflossingsdatum of heeft een aflossingsdatum die meer dan tien jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening²⁸;

24. Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 31.

25. Zie bijvoorbeeld MvT, TK 2001-2002, 28 034, blz. 7; Nota navv, TK, 2001-2002, blz. 26 en de brief van de staatssecretaris d.d. 11 juli 2002, nr. WDB 2001-655.

26. Na de wijzigingen doorgevoerd in 2002 bij de Wet 28 487, Wijziging van belastingwetten c.a. (Vervolgwijzigingen in samenhang met de belastingherziening 2001), onofficieus 'Veegwet 2002'.

27. De frase 'of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam als bedoeld in artikel 10a, vierde lid' wordt hierna telkens weggelaten, tenzij het opnemen van deze frase van belang is.

28. Dat het in art. 10, lid 2, onderdelen a en b cumulatieve criteria (winst en looptijd) betreft, werd expliciet aangegeven in de Nota navv, TK 2001-2002, 28 034, blz. 49.

- c. de hoogte van de vergoeding niet afhankelijk is gesteld van de (uitdeling van de) winst van de belastingplichtige, maar de verschuldigdheid van de vergoeding daarvan wel afhankelijk is gesteld, de lening achtergesteld is en geen vaste aflossingsdatum heeft of een aflossingsdatum die meer dan vijftig jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de geldlening.

Ik ben van mening dat deze opsomming limitatief is. Er is geen lening denkbaar die niet voldoet aan art. 10, lid 2, maar die wel kwalificeert als hybride lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d.

De kwalificatie van een lening als feitelijk functionerend als eigen vermogen ex art. 10, lid 2, onderdeel a, b of c, brengt allereerst met zich dat vergoedingen op een dergelijke lening niet aftrekbaar zijn vanwege de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. Daarnaast zijn waardemutaties van de lening evenmin aftrekbaar. Wat onder vergoedingen respectievelijk waardemutaties moet worden verstaan, komt aan de orde in de volgende paragraaf.

4.3.2 Vergoedingen en waardemutaties

De begrippen vergoedingen en waardemutaties zoals genoemd in art. 10, lid 1, onderdeel d zijn niet wettelijk gedefinieerd. In de parlementaire geschiedenis is evenmin veel aandacht besteed aan de invulling van deze begrippen. Dit betekent dat zij in jurisprudentie wellicht nader zullen worden gedefinieerd. Volgens Bouwman is het echter zeer de vraag, of het voor de vennootschapsbelasting snel tot dit soort procedures zal komen.²⁹ Hij meent namelijk dat de vorm waarin een voordeel (vergoeding of waardemutaties) uit hoofde van zo'n lening zich voordoet, niet ter zake doet voor de debiteur aangezien het voordeel buiten diens winst blijft. Voor de dividendbelasting is dit echter anders, aangezien vergoedingen wel en waardemutaties niet onder de reikwijdte van de dividendbelasting vallen. Ik onderschrijf Bouwmans visie ten aanzien van de heffing van dividendbelasting. Ik kan mij echter niet geheel vinden in zijn opmerkingen over de vennootschapsbelasting. Voor art. 10, lid 1, onderdeel d zal het inderdaad niet uitmaken of de vergoeding niet aftrekbaar is, of de waardemutatie. Het onderscheid tussen een (winstafhankelijke) vergoeding en een waardemutatie is echter wel van belang voor het tweede lid. Immers bij een looptijd van meer dan tien jaar functioneert een lening feitelijk als eigen vermogen indien de *vergoeding* (geheel of gedeeltelijk) afhankelijk is van de winst.³⁰

29. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 33-34.

30. Te denken valt aan een lening met een vaste rente, een looptijd van elf jaar en een winstafhankelijke aflossing. Zo'n lening valt bij letterlijke lezing in beginsel niet onder de aftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d. Dit is echter mogelijk wel het geval, indien de vaste rente op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen minder bedraagt dan de helft van de geldende marktrente voor leningen met een zelfde looptijd, maar waarvan de vergoeding niet winstafhankelijk is en voorts het winstafhankelijke deel van de aflossing niet als waardemutatie wordt aangemerkt, maar als een vergoeding voor de lening.

Niekel, De Gunst en Van der Linde neigen naar een ruime uitleg van het begrip vergoeding.³¹ Daartoe verwijzen zij naar art. 10b waar alleen wordt gesproken over 'periodieke rente'. Vervolgens merken zij op dat het aan hen redelijk voorkomt, om voor het begrip vergoeding in art. 10, lid 1, onderdeel d, in beginsel aan te sluiten bij het objectieve begrip 'inkomsten uit vermogen', zoals dat werd gehanteerd in de Wet IB 1964.³² Het lijkt mij passender om – in plaats van aan te sluiten bij een niet meer bestaand begrip in de inkomstenbelasting – te komen tot een zelfstandige definitie van het begrip vergoeding in de vennootschapsbelasting. Dat dit begrip ruimer is dan het begrip periodieke rente kan mede worden afgeleid uit de tekst van art. 10, lid 1, onderdeel d, tweede volzin. Op grond van deze tekst is namelijk sprake van feitelijk functioneren als eigen vermogen, indien zich *rechtens dan wel in feite* een omstandigheid voordoet ex art. 10, lid 2. Dat betekent mijns inziens dat er zowel formeel als materieel wordt gekeken naar de leningsvoorwaarden. Indien er sprake is van materiële (gedeeltelijke) winstafhankelijkheid van de vergoeding (zoals mogelijk in mijn hierboven beschreven voorbeeld met een winstafhankelijke aflossing) zou beperking van renteaftrek aan de orde kunnen komen, mits is voldaan aan de overige voorwaarden. Anders geformuleerd, dient het begrip vergoeding economisch te worden ingevuld. Deze materiële/economische invulling van het begrip vergoeding geldt naar mijn mening in ieder geval voor het tweede lid van art. 10. Dat deze materiële invulling ook geldt voor het eerste lid lijkt logisch, maar volgt niet uit de tekst van art. 10, lid 1, onderdeel d. Zoals ik hierboven aangaf, is de invulling van de begrippen vergoeding en waardemutatie voor art. 10, lid 1, onderdeel d, eerste volzin niet van belang, maar is dit anders voor het tweede lid van art. 10. Hierbij komt de vraag op, in hoeverre het kwalijk is dat de wetgever het begrip vergoeding niet nader heeft gedefinieerd. Een belangrijk nadeel van het niet invullen van een begrip, is de rechtsonzekerheid die hiermee gepaard gaat. Daar staat tegenover dat het invullen van zo'n begrip haast onbegonnen werk is; underkill dan wel overkill is haast onvermijdelijk. Ondanks de eventuele rechtsonzekerheid, meen ik dat er daarom veel is te zeggen voor het niet nader invullen van het begrip vergoeding.

De aanhef van art. 10, lid 1 luidt: '*Bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek (...)*'. Voor (betaalde) vergoedingen op een lening is deze zinsnede mijns inziens duidelijk. Voor waardemutaties is dit echter minder helder. Immers, waardemutaties kunnen naar hun aard zowel positief als negatief zijn; denk aan wisselkoersstijgingen en dalingen. De frase *komen niet in aftrek* lijkt te impliceren dat stijging van de vreemde valuta waarin de lening denomineert ten opzichte van de euro niet leidt tot een aftrekbaar verlies voor de schuldenaar, terwijl een stijging van de euro ten opzichte van de vreemde valuta wel leidt tot een belaste winst. Bij de parlementaire behande-

31. Niekel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117. Volgens hen zou bijvoorbeeld ook een verhoging van de hoofdsom op basis van de behaalde winsten als vergoeding hebben te gelden.

32. De woorden 'in beginsel' roepen de vraag op wanneer wel en wanneer niet kan worden aangesloten bij het begrip inkomsten uit vermogen. Deze vraag wordt door de auteurs evenwel niet beantwoord.

ling is deze problematiek aan de orde geweest.³³ Hierin wordt allereerst opgemerkt dat de term waardemutaties zowel positieve als negatieve mutaties omvat. Vervolgens wordt duidelijk dat zowel opwaarderingen als afwaarderingen de fiscale winst niet raken. Een negatieve waardemutatie van de schuld tot onder de nominale waarde leidt derhalve niet tot belastbare winst en een positieve waardemutatie leidt niet tot een in aanmerking te nemen verlies.

Gelet op het feit dat wisselkoersfluctuaties op het niveau van de debiteur buiten de fiscale winstbepaling blijven, is het de vraag of de kosten (en opbrengsten) van instrumenten om de koersrisico's af te dekken eveneens zijn gedefiscaliseerd. In de Nota navv gaat de wetgever hier nader op in. Hij geeft aan dat de kosten die hiermee verband houden in beginsel aftrekbaar zijn, aangezien dergelijke afdekkingsinstrumenten geen deel uitmaken van de relatie tussen de debiteur en de crediteur.³⁴ Eventuele voordelen die voortvloeien uit het afdekken van dergelijke risico's zijn daarbij overigens wel belast. Economisch gezien vind ik dit een opvallende uitkomst. Het resultaat van het instrument en de lening is bij een perfect hedge per saldo immers nihil. Indien resultaat op het instrument wordt belast of aftrekbaar wordt gesteld, ontstaat bij een economisch/commercieel resultaat van nihil toch een belaste winst dan wel aftrekpost.

4.3.3 Geldlening

Het begrip geldlening komt behalve in art. 10 nog op verschillende plaatsen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor, zoals in art. 8c, 10a, 10b en 10d.³⁵ Niel, De Gunst en Van der Linde³⁶ zijn van mening dat het voor de invulling van het begrip geldlening van doorslaggevende betekenis is dat de hoofdsom is uitgedrukt in een bepaalde geldsom. Een terugbetalingsverplichting die bijvoorbeeld luidt in staatsobligaties, zou volgens hen niet onder de aftrekbeperking van art. 10, lid 1 kunnen vallen aangezien er geen sprake is van een geldlening. Volgens Bouwman moet

33. Nota navv, EK 2001-2002, 28 034, blz. 7.

34. Nota navv, EK 2001-2002, 28 034, blz. 7. In zijn brief van juli 2002, nr. WDB 2001-655 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, in antwoord op vragen door het Tweede Kamerlid De Haan (CDA) herhaalt de staatssecretaris dit.

35. Opvallend is het verwarrende door elkaar gebruiken van de termen lening en geldlening in art. 10, lid 1, onderdeel d en lid 2. In art. 10, lid 1, onderdeel d wordt achtereenvolgens gesproken van een geldlening, de lening, de lening en de geldlening. In het gebruik (en weglaten van) de woorden geldlening en lening kan ik geen logica kan ontdekken en ik kan er evenmin – bijvoorbeeld in de parlementaire geschiedenis – een verklaring voor vinden. De onlogische redactie lijkt mij dan ook voort te komen uit slordig redigeren, zonder verder inhoudelijke bedoelingen.

36. Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

echter worden getwijfeld aan dit standpunt.³⁷ Volgens hem is het niet ondenkbaar, dat de door Nielke, De Gunst en Van der Linde geschetste lening civielrechtelijk wordt ontleed in een geldlening, gevolgd door een aankoop van staatsobligaties waarbij de terug te betalen geldsom wordt verrekend met de bij voorbaat overeengekomen aankoopprijs van de staatsobligaties.

Ik acht het wenselijk dat een rechter in bepaalde (misbruik)situaties door de juridische vormgeving heen kijkt, in het bijzonder in situaties van bijna-geld. Van misbruik zal evenwel zeker niet altijd sprake behoeven te zijn. Leningen waarin een termijncontract zit verwerkt, zijn namelijk niet ongebruikelijk op de beurzen en veelal in het geheel niet fiscaal geïndiceerd. In de Amerikaanse financieringsliteratuur staan dergelijke leningen bekend als 'commodity linked bonds'. Duffhues geeft enkele voorbeelden van dergelijke leningen.³⁸

Een voorbeeld van een lening met een ingebouwd termijncontract, is een petroleumlening uitgeven door een oliemaatschappij. Bij zo'n petroleumlening verstrekken de crediteuren/beleggers geld, terwijl zij na ommekomst van 'de looptijd' worden terugbetaald in olie-eenheden. Een tweede voorbeeld is een zilverlening verstrekt door een zilverproducent. Beleggers hebben bij de aflossing de keuze tussen de terugbetaling van het nominale bedrag, dan wel een bepaald gewicht zilver.

Bij commodity linked bonds bestaat de aflossing dus veelal niet uit geld maar uit goederen. Het is daarom de vraag of een commodity linked bond wel kan kwalificeren als een verbruiklening ex art. 7A:1791 BW of een geldlening ex art. 7A:1793 BW. Van een verbruiklening is mijns inziens mogelijk geen sprake, aangezien de debiteur een heel ander goed teruggeeft dan hij in eerste instantie heeft ontvangen van de crediteur (zo geld al kan worden aangemerkt als een goed). Maar van een geldlening is evenmin sprake, aangezien het daarvoor van belang is dat 'de schuld uit lening van geld voortspruitende' alleen bestaat in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt. Gelet op het voorgaande, lijkt het mij waarschijnlijk dat commodity linked bonds in beginsel niet onder de aftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen. Bovendien vormen dergelijke contracten bedrijfseconomisch niet zo zeer een lening maar een vooruitbetaling, of anders verwoord een transitorische post.

Het voorgaande brengt mijns inziens niet met zich, dat art. 10, lid 1, onderdeel d zonder meer straffeloos zou kunnen worden omzeild door het overeenkomen van een commodity linked bond. In voorkomende gevallen kan de renteaftrek met een be-

37. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 39. Volgens Bouwman komt het aan op de civielrechtelijke interpretatie van de lening. In het civiele recht hebben debiteur en crediteur echter veel vrijheid bij het aangaan van de leenovereenkomst. Als men de terugbetaling in staatsobligaties wil laten plaatsvinden, is men hierin in principe vrij. Wat Bouwman wil met de civielrechtelijke interpretatie van de lening is mij daarom niet helemaal duidelijk. Bovendien is mijns inziens slechts de fiscaalrechtelijke kwalificatie van belang.

38. Duffhues, P.J.W.; Bedrijfseconomische aspecten van hybride vermogensvormen, TFO 2002/13.

roep op fraus legis alsnog worden geschrapt. Hierbij valt te denken aan de situatie waarin de inspecteur aannemelijk maakt dat het frustreren van art. 10, lid 1, onderdeel d de enige reden is voor een debiteur om een commodity linked bond uit te geven in plaats van een 'normale' obligatielening.

4.4 Invulling enkele begrippen

4.4.1 *Jaarwinst, totale winst en commerciële winst*

Het begrip winstafhankelijkheid is niet wettelijk gedefinieerd. Het is daarom de vraag wat precies onder een winstafhankelijke vergoeding moet worden verstaan. Het begrip winstafhankelijk dient volgens de wetgever niet te worden beperkt tot de jaarwinst.³⁹ Volgens hem wordt met de termen 'winst' en 'winstafhankelijkheid' bedoeld op zowel de jaarwinst als de totale winst, dan wel een combinatie van beide. Ook het delen in een eventueel overschot bij liquidatie van de schuldenaar, kwalificeert volgens de wetgever als een winstafhankelijke vergoeding. Met Bouwman ben ik van mening dat het begrip winstafhankelijkheid niet is beperkt (of zou moeten zijn) tot afhankelijkheid van de fiscale winst.⁴⁰ Ook een vergoeding die is gebaseerd op de commerciële winst (of een variant zoals EBIT) is winstafhankelijk. De beperking van renteaftrek kan voorts aan de orde komen, indien een vergoeding op een lening dividendafhankelijk is. Art. 10, lid 2, onderdelen a en b noemt namelijk ook de gehele of gedeeltelijke afhankelijkheid van de vergoeding '*van de uitdeling van winst*'. Deze keuze is begrijpelijk en terecht, aangezien de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d anders wel erg eenvoudig zou zijn te omzeilen. Daarnaast kan men dividend en winst niet los van elkaar zien, hoewel dividend en winst strikt genomen gescheiden begrippen zijn.⁴¹ Waar dividend wordt uitgekeerd, was (normaliter) immers eerst winst.^{42, 43}

4.4.2 *Rechtens dan wel in feite*

Afhankelijkheid waardeontwikkeling activum

Zoals ik hiervoor reeds aangaf is het begrip winstafhankelijkheid – gelet op de frase '*rechtens dan wel in feite*' – in ieder geval niet beperkt tot formele winstafhankelijkheid. Ook materiële winstafhankelijkheid kan leiden tot de beperking van renteaftrek.

39. Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8.

40. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 41.

41. Een vennootschap kan immers jaren achtereen winst maken zonder dividend uit te keren.

42. Tegen deze benadering valt in te brengen, dat in een situatie van dividendafhankelijkheid in feite tweemaal hetzelfde in aanmerking wordt genomen (alleen mogelijk in een verschillend jaar). Het systeem vereist mijns inziens echter, dat ook een dividendafhankelijke vergoeding wordt aangemerkt als winstafhankelijk, aangezien een andere benadering art. 10, lid 1, onderdeel d welhaast illusoir zou maken.

43. Wel dient de reguliere dividenduitkering te worden onderscheiden van 'bijzondere' uitkeringen, die in wezen terugbetaling van kapitaal zijn zoals een agiobonus.

trek. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. is deze materiële winstafhankelijkheid diverse malen aan de orde geweest. Dienaangaande merkte de wetgever op dat de afhankelijkheid van een vergoeding op een lening van de waardeontwikkeling van één of meer activa van de schuldenaar indirecte winstafhankelijkheid met zich kan brengen. Hij gaf als redengeving dat de waardeontwikkelingen van activa tot uitdrukking komen in de verlies- en winstrekening.⁴⁴ In de Eerste Kamer nuanceerde hij dit standpunt enigszins.⁴⁵ In dergelijke situaties komt winstafhankelijkheid zijns inziens slechts aan de orde, indien de waardeontwikkeling van het desbetreffende actief de winst in absolute en relatieve zin in betekenisvolle mate doet toenemen.

Deze nuancering roept direct de vraag op wat moet worden verstaan onder 'in betekenisvolle mate'. In de Eerste Kamer is deze vraag ook aan de orde geweest, maar hierop kwam geen duidelijk antwoord.⁴⁶ De strekking van het antwoord van de wetgever in de Nota navv is echter wel duidelijk; voorkomen dat de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d zou worden gefrustreerd door structuren. Het feit dat de staatssecretaris het begrip in betekenisvolle mate niet nader duidt, brengt voor belastingplichtigen echter wel enige mate van rechtsonzekerheid met zich.

Balansverhouding

Voor de invulling van het begrip winstafhankelijke vergoeding is mogelijk de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch, 8 februari 2002, V-N 2002/23.17 van belang.⁴⁷ Het Hof oordeelde dat er gelet op de scheve verhouding tussen eigen en vreemd vermogen sprake was van een winstafhankelijke rente.⁴⁸ Uit deze uitspraak in combinatie met de parlementaire geschiedenis bij art. 10, lid 1, onderdeel d kan worden afgeleid dat de renteaftrekbeperking mogelijk aan de orde kan komen, indien een tussenhoudster (zonder noemenswaardig eigen vermogen en overige activa) een vastrentende lening met een looptijd van meer dan tien jaar opneemt en met dit geld een deelneming koopt.⁴⁹ De rente op de lening kwalificeert in deze situatie – gelet op de

44. Nota navv, TK, 2001-2002, blz. 31.

45. Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8.

46. Schriftelijke beantwoording van vragen van de Eerste Kamer, EK, 2001-2002, 28 034.

47. Zie hiervoor nader paragraaf 3.4.

48. Vergelijk tevens Hof 's-Gravenhage 1 maart 2005, V-N 2005/32.3.15. Het Hof oordeelde dat de geldlening als kapitaal moet worden aangemerkt, omdat door de extreem scheve vermogensverhouding de terugbetalingsverplichting geen reële betekenis had. De Hoge Raad heeft deze uitspraak overruled in HR 8 september 2006, V-N 2006/47.21. De Hoge Raad overwoog als volgt: 'Die conclusie (een lening kwalificeert in wezen als een kapitaalverstrekking, JvS) volgt echter niet uit de door het Hof vermelde omstandigheden. Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat door belanghebbende of een zustervenootschap zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening'.

49. Indien art. 10, lid 1, onderdeel d niet leidt tot beperking van de renteaftrek zou art. 10d wellicht nog roet in het eten kunnen gooien.

scheve verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen – mogelijk als feitelijk winstafhankelijk, aangezien deze slechts kan worden betaald uit het dividend van de deelneming (en uit het verkoopresultaat van de deelneming).⁵⁰ Hier valt tegenin te brengen dat, hoewel de houdstermaatschappij niet kan voldoen aan haar rentelasten indien de deelneming verlies maakt en geen dividend uitkeert, dit niet betekent dat de rentevordering vervalt. Indien de deelneming later alsnog winst maakt en dividend uitkeert, zal de houdstermaatschappij normaliter haar renteschulden alsnog kunnen en moeten betalen. Daarnaast zou de houdstermaatschappij mogelijk aan haar renteverplichtingen kunnen voldoen door het vervreemden of verpanden van (een deel van) de aandelen in de deelneming. Verder meen ik dat de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d niet van toepassing zou moeten zijn indien:

- de houdstermaatschappij over voldoende buffervermogen (eigen vermogen) beschikt, dat haar in staat stelt om in eerste instantie zelf de rentelasten (plus eventuele verplichte aflossingen) te betalen;
- de lening die de houdstermaatschappij opneemt, wordt gegarandeerd door een groepsmaatschappij.⁵¹

Kritiek

In de literatuur bestaat de nodige kritiek op de reikwijdte van het criterium '*rechten dan wel in feite winstafhankelijk*'. Het betreft vooral het standpunt van de staatssecretaris ten aanzien van vergoedingen die afhankelijk zijn van de waardeontwikkeling van een bepaald activum. Peters merkt onder verwijzing naar BNB 1999/176 op dat het standpunt van de staatssecretaris lijkt af te wijken van wat tot op heden werd aangenomen, namelijk dat winstafhankelijkheid ziet op de jaarwinst van de schuldenaar.⁵² Nickel, De Gunst en Van der Linde achten het zelfs onwaarschijnlijk dat de rechter zich zal conformeren aan de opvatting van de wetgever. Volgens hen druist

50. Daarnaast zou tevens kunnen worden gesteld dat de rente feitelijk winstafhankelijk is, aangezien de rente in wezen afhangt van de waardeontwikkeling van de deelneming. Als de deelneming winst maakt (hoge waarde) is de tussenhouder (na een dividenduitkering door de deelneming) in staat om aan haar renteverplichtingen te voldoen. Daar valt tegenin te brengen, dat de waarde(stijging) van de deelneming ook verband kan houden met toekomstige winsten.

51. Daarbij zal de tussenhoudermaatschappij in beginsel een zakelijke vergoeding voor deze garantieverstrekking moeten betalen. Voorts moet worden geïnventariseerd of de tussenhouder de lening ook op eigen kracht had kunnen krijgen. Indien dit niet het geval is, komt de vraag op hoe de lening moet worden gekwalificeerd. Ik acht het verdedigbaar om de lening gewoon te kwalificeren als lening en de correctie in aanmerking te nemen op de garantievergoeding. Indien een derde de lening niet zou willen verstrekken is deze garantievergoeding heel hoog, tot maximaal de nominale waarde van de schuld. Indien de schuldenaar deze garantievergoeding niet betaalt aan haar moeder, betekent dit een informele kapitaalstorting door de crediteur in de debiteur. In dit verband wijs ik ter illustratie op de Hofprocedure voorafgaand aan HR 9 november 2001, V-N 2002/12.24 (verwijzingszaak van HR 1 juli 1998, V-N 1998/34.21). Aldaar oordeelde het Hof 's-Gravenhage dat de zakelijke vergoeding die X bv (belanghebbende) aan haar aandeelhouder B AG verschuldigd is geweest, in casu kon worden gesteld op 33% per jaar van het bedrag waarvoor B AG garant heeft gestaan. Dit percentage bleef in cassatie in stand.

52. Peters, M.J.; Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur; WFR 2002/268.

de benadering van de wetgever in tegen de jurisprudentie zoals deze zich de afgelopen decennia heeft ontwikkeld op dit terrein.⁵³ Ik acht het echter niet uitgesloten dat een rechter in voorkomende gevallen zal oordelen dat art. 10, lid 1, onderdeel d toepassing vindt, indien de vergoeding van een lening afhankelijk is van de waardeontwikkeling van een bepaald activum. De situatie waarin de vergoeding van een lening afhankelijk is van de waardeontwikkeling van een activum dat de winst van een vennootschap geheel of nagenoeg geheel bepaalt, is praktisch gezien namelijk vrijwel gelijk aan de situatie waarin de rente afhangt van de winst van deze vennootschap.⁵⁴ Wel verwacht ik dat een rechter zich behoedzaam zal opstellen.

De opmerking van Bakker en Bruin dat het standpunt van de staatssecretaris betreffende de afhankelijkheid van vergoedingen van de waardeontwikkeling redelijk lijkt omdat een vergelijkbare situatie tevens tot stand kan worden gebracht met soort aandelen, acht ik niet juist.⁵⁵ Of een situatie al dan niet met soort aandelen kan worden bereikt, lijkt mij namelijk geen bepalend criterium. Het bepalende criterium is of de waardeontwikkeling van een activum (waarvan de vergoeding afhankelijk is) in absolute en relatieve zin de winst van een vennootschap in betekenisvolle mate kan doen toenemen. Bouwman meent dat volgens de staatssecretaris ook vergoedingen op leningen kwalificeren als winstafhankelijk, indien die vergoedingen afhangen van dividenduitdelingen op een bepaalde soort aandelen.⁵⁶ Bouwman betoogt daartoe dat de situatie van soort aandelen (die verband houden met een bepaald activum A) waarbij er tevens een lening is waarvan de vergoeding afhangt van het uitgekeerde op deze soort aandelen, vergelijkbaar is met de situatie dat de vergoeding op de lening afhangt van de waardeontwikkeling van een bepaald activum. Allereerst merk ik op dat dergelijke structuren voor zover mij bekend in de praktijk niet veel voorkomen. Strikt genomen is er in het voorbeeld van Bouwman wellicht naar de letter sprake van feitelijke winstafhankelijkheid. Mijn voorkeur gaat echter uit naar een beperkte uitleg van het begrip feitelijk winstafhankelijk, en in casu slechts aanwezig te achten indien de waardeontwikkeling van dat activum de winst van de des-

53. Niekel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

54. Overigens zou deze uitkomst merkwaardige gevolgen kunnen hebben. Voorstelbaar is namelijk dat een andere vennootschap een lening uitgeeft waarvan de hoogte van de vergoeding afhangt van de waardeontwikkeling van een vergelijkbaar activum. Het antwoord op de vraag of deze lening eveneens winstafhankelijk is, hangt dan af van de andere activiteiten van deze vennootschap of beter gezegd, of de waardeontwikkeling van dat activum de winst in absolute en relatieve zin in betekenisvolle mate kan doen fluctueren. Dit zou in voorkomende gevallen met zich kunnen brengen dat twee ogenschijnlijk vergelijkbare leningen fiscaal verschillend worden behandeld. (Een mogelijk verschil zou overigens nog wel de kredietwaardigheid van de schuldenaars kunnen zijn.) Zoals ik eerder opmerkte, is het antwoord op de vraag wat moet worden verstaan onder 'in betekenisvolle mate' dus van aanzienlijk belang.

55. Bakker, M.J.G. & Bruin, P.J.M.; Hybride leningen: geen aftrek wel belast?, TFO 2002/1.

56. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 43.

betreffende vennootschap in absolute en relatieve zin in betekenisvolle mate kan doen toenemen.

Hoewel het wenselijk is om art. 10, lid 1, onderdeel d ook van toepassing te laten zijn in de situatie dat de vergoeding rechtens niet maar feitelijk wel winstafhankelijk is, brengt deze benaderingwijze wel een economische verstoring met zich. Immers art. 10, lid 1, onderdeel d brengt een fiscale stimulans met zich, om meerdere activiteiten in een vennootschap te ontplooien, dan wel meerdere activa in één vennootschap te houden. Ik ben van mening dat deze 'gedwongen' diversificatie grotere gevestigde ondernemingen zou kunnen bevoordelen boven jonge kleine ondernemingen, omdat de eerstgenoemde ondernemingen doorgaans reeds (kunnen) diversificeren, terwijl het jongere (bijvoorbeeld onroerend goed) ondernemingen normaliter aan financiële middelen zal ontbreken. Verder kan de afgedwongen diversificatie betekenen dat de gelden niet zonder meer daar worden ingezet waar zij het hoogste rendement voor belastingen genereren, omdat het inzetten van deze middelen in de eigen onderneming een aanzienlijk belastingvoordeel met zich kan brengen. Opgemerkt zij wel dat deze verstoringen minimaal zullen zijn, mits behoedzaam wordt omgegaan met de kwalificatie materieel winstafhankelijk.

4.4.3 *Rentestaffel afhankelijk van de winst*

Peters stelt de vraag of er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding, indien in de leningsvoorwaarden is opgenomen dat er een rente van 6% wordt uitgekeerd als er winst wordt gemaakt, en 1% als er geen winst is.⁵⁷ Ik onderschrijf haar conclusie, dat art. 10, lid 2, onderdeel a in een dergelijke situatie (in beginsel) niet van toepassing kan zijn. Er is immers altijd 1% rente verschuldigd. Zowel Peters als Bouwman meent evenwel dat art. 10, lid 2, onderdeel b in deze situatie niet van toepassing is.⁵⁸ De rente wordt volgens hen namelijk niet gekoppeld aan de hoogte van de winst, maar slechts aan de aanwezigheid ervan. Van feitelijke winstafhankelijkheid is volgens hen evenmin sprake, aangezien in het algemeen wordt aangenomen dat de hoogte van de rente afhankelijk is van de winst als de rente wordt berekend op basis van een bepaald percentage van de winst. Volgens Peters is in het door haar geschetste voorbeeld slechts de verschuldigdheid van de rente afhankelijk van de winst. Afhankelijk van de looptijd en de achterstelling kan dus nog slechts art. 10, lid

57. Peters, M.J.; Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur; WFR 2002/268.

58. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 45.

2, onderdeel c aan de orde komen.⁵⁹ Ook Bouwman is van mening, dat wat betreft de 5% rente hooguit sprake is van een winstafhankelijke verschuldigdheid ex art. 10, lid 2, onderdeel c. De conclusie zou volgens Bouwman slechts anders zijn, indien de rentebetaling ook bij de aanwezigheid van winst feitelijk varieert met de omvang van die winst omdat sprake is van onderkapitalisatie.

Anders dan Peters en Bouwman, ben ik van mening dat er in het door Peters geschetste voorbeeld mogelijk wél sprake is van gedeeltelijke winstafhankelijkheid. Ik zie het begrip winstafhankelijkheid namelijk breder dan alleen een bepaald percentage van de winst. Te denken valt aan een staffel zoals in onderstaande tabel.

Winst	Rentepercentage
<←, € 100.000>	1%
[€ 100.000, € 200.000>	3%
[€ 200.00, € 500.000>	5%
[€ 500.000, →>	6%

Tabel 1: Opbouw rentepercentage afhankelijk van de hoogte van de winst

Ten aanzien van bovenstaande staffel kan winstafhankelijkheid niet worden ontkend. Het betreft hier namelijk een discontinue winstafhankelijkheid, die naar boven en naar beneden is beperkt. De discontinuïteit en de beperking naar boven leiden echter niet tot de conclusie, dat winstafhankelijkheid op die gronden niet aan de orde is.⁶⁰ Ook het voorbeeld van Peters valt in zo'n tabel weer te geven.

Winst	Rentepercentage
<←, € 0>	1%
[€ 0, →>	6%

Tabel 2: Voorbeeld Peters in WFR 2002/263

Een vergelijking van de twee bovenstaande tabellen levert mijns inziens geen principiële verschillen op. In beide gevallen is de rente (discontinu) winstafhankelijk en is

59. Ik vraag mij evenwel af of de tekst van art. 10, lid 2, onderdeel c hiervoor wel ruimte biedt. De frase 'maar de verschuldigdheid van de vergoeding is daarvan wel afhankelijk gesteld' zou namelijk zo kunnen worden geïnterpreteerd dat de gehele verschuldigdheid van de vergoeding afhankelijk moet zijn van de winst. De stelling is daarom verdedigbaar dat art. 10, lid 2, onderdeel c geen toepassing kan vinden bij een gedeeltelijke vaste verschuldigde vergoeding.

60. Een winstafhankelijke rente van een bepaald percentage van de winst is doorgaans ook naar beneden toe beperkt. Bij een verlies zijn de crediteuren immers doorgaans geen negatieve rente verschuldigd aan de debiteur.

de winstafhankelijkheid naar beneden en naar boven beperkt. Het enige verschil is het aantal tranches. Dit verschil rechtvaardigt echter niet de conclusie, dat in er in de situatie van tabel 2 geen sprake is van winstafhankelijkheid. Essentieel voor deze uitkomst is wel dat het begrip winst zowel positief, nul als negatief kan zijn. Indien winst slechts moet worden opgevat als groter dan nul, in wiskundige termen ' $<0, \rightarrow$ ', dan is van een staffel echter geen sprake meer. De conclusie dat dan sprake is van de verschuldigdheid van een winstafhankelijke vergoeding komt dan dichterbij. De hoogte van de vergoeding hangt dan nog slechts af van de aanwezigheid van de winst en niet van de hoogte ervan.

Uit de systematiek van de Wet op vennootschapsbelasting volgt mijns inziens dat winst ook negatief kan zijn. Indien de wetgever dit voor art. 10, lid 2 anders had bedoeld, had hij dit expliciet moeten aangegeven. Dat het door Peters gegeven voorbeeld niet valt onder art. 10, lid 2, onderdeel c, maar onder art. 10, lid 2, onderdeel b, kan verder worden afgeleid uit de opmerkingen van de wetgever in de MvT over de toepasbaarheid van art. 10, lid 2, onderdeel c.⁶¹ Daar merkte de wetgever namelijk op dat als leningen ex art 10, lid 2, onderdeel c worden aangemerkt:

- leningen waarvan de vergoeding een vast percentage van de hoofdsom bedraagt, en
- leningen waarvan de vergoeding afhankelijk is van een of meerdere externe – niet aan de onderneming gerelateerde – factoren (bijvoorbeeld LIBOR).

Mijns inziens kan in het voorbeeld van Peters niet worden gezegd dat de vergoeding een vast percentage van de hoofdsom bedraagt. Het percentage van de hoofdsom hangt namelijk af van het resultaat van de schuldenaar.

4.4.4 *Gedeeltelijke winstafhankelijkheid*

Ook gedeeltelijke winstafhankelijkheid van de vergoeding van een lening met een looptijd van meer dan tien jaar, kan leiden tot beperking van de renteaftrek. Hierbij geldt als voorwaarde, dat het niet van de winst afhankelijke gedeelte van de vergoeding op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen, lager is dan de helft van de geldende marktrente voor leningen met een zelfde looptijd, maar waarvan de vergoeding niet winstafhankelijk is. Voor de beoordeling of er sprake is van partiële winstafhankelijkheid, is het moment waarop de vergoeding wordt overeengekomen beslissend.⁶² Latere ontwikkelingen in de marktrente hebben derhalve geen invloed op de mate van winstafhankelijkheid van de lening.

Voor de beoordeling van de mate van winstafhankelijkheid, is het begrip marktrente van essentieel belang. In de MvT merkt de wetgever op, dat ter bepaling van de marktrente moet worden gekeken naar leningen met een zelfde looptijd, maar die

61. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 26.

62. Hierbij dient een voorbehoud te worden gemaakt voor tussentijdse wijzigingen in de vergoeding. De gevolgen van het tussentijds aanpassen van de leningsvoorwaarden komen hierna nog aan de orde.

geen winstafhankelijke vergoeding kennen.⁶³ Opvallend is dat de staatssecretaris alleen spreekt van vaste rente. Daarmee wekt hij de indruk slechts te doelen op situaties waarin het leningen betreft met een vast percentage van de hoofdsom. Ik ben van mening dat onder het niet-winstafhankelijke deel van een vergoeding ook de rentecomponent valt die is opgebouwd uit een zwevende rente (zoals LIBOR of EURIBOR) plus een bepaalde opslag, wat ook in overeenstemming is met de ratio van de bepaling.

Peters noemt het opmerkelijk dat de kredietwaardigheid van de schuldenaar niet wordt genoemd, aangezien de hoogte van de vergoeding voor een belangrijk deel afhankelijk is van de rating van de debiteur.⁶⁴ In de wettekst wordt inderdaad niet separaat gewag gemaakt van de kredietwaardigheid van de debiteur, maar komt wel de term marktrente naar voren. De staatssecretaris merkt in de Nota navv op dat het bij de term marktrente gaat om een vaste rente die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen, voor een lening met dezelfde looptijd, waarbij de schuldenaar dezelfde gegoedheid heeft als de belastingplichtige.⁶⁵ Aangezien de wetgever bij de uitleg van het begrip marktrente expliciet wijst op een schuldenaar met dezelfde gegoedheid, acht ik de financiële positie van de schuldenaar derhalve wel degelijk van belang.

Deze financiële gegoedheid is verder nog in de Eerste Kamer aan de orde geweest.⁶⁶ De wetgever gaf daarbij aan, dat het voorstel van de commissie dat voor de gegoedheid van een debiteur kan worden uitgegaan van de creditrating van het gehele concern, door hem niet wordt gevolgd. Hij gaf hiervoor als reden, dat indien de suggestie van de commissie zou worden gevolgd het uitgangspunt zou worden verlaten dat de winst in gelieerde verhoudingen op at arm's lengthbasis moet worden bepaald.⁶⁷ De conclusie van de staatssecretaris acht ik theoretisch de enige juiste. Nickel, De Gunst en Van der Linde wijzen er op, dat het zelfstandig bepalen van een marktrente doorgaans geen sinecure is en een aanzienlijke administratieve last met zich brengt.⁶⁸ Daaraan verbinden zij de conclusie dat het realistischer was geweest om het lage concernpercentage als uitgangspunt te nemen, ook al is een dergelijke handelwijze niet in overeenstemming met het arm's lengthcriterium. De benadering van Nickel, De Gunst en Van der Linde onderschrijf ik niet. Ook bij andere leningen van gelieerde partijen doet zich namelijk het genoemde probleem voor. Als een moedervennootschap inleent bij een bank en dit geld vervolgens doorleent aan een groepsmaatschappij, dienen de voorwaarden (waaronder de vergoeding) ook op deze interne

63. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 25-26.

64. Peters, M.J.; Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur; WFR 2002/268.

65. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27-28.

66. Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 9.

67. Zie tevens Nr. WDB 2001-665, TK, 2001-2002, 27 896 (dividendstripping en werknemersopties) en 28 034, blz. 7.

68. Nickel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

lening at arm's length te zijn. De rente die de dochtervennootschap betaalt aan haar moeder, moet worden bepaald als ware moeder en dochter niet gelieerd. Ook in deze situatie dient derhalve de marktrente te worden bepaald. Dit is inherent aan het arm's lengthbeginsel. Alsdan is er evenmin ruimte om uit te gaan van de creditrating van het concern in plaats van de individuele vennootschap.

Zoals ik eerder al opmerkte heeft de wetgever in de Tweede Kamer bij de Nota navv aangegeven, dat onder de marktrente een vaste rente moet worden verstaan, die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen voor een lening met dezelfde looptijd, waarbij de schuldenaar dezelfde gegoedheid heeft als de belastingplichtige. Ik meen dat het naast de looptijd en de gegoedheid ook van belang is te kijken naar andere leningsvoorwaarden, zoals een eventuele achterstelling. Of een lening al dan niet is achtergesteld, kan mijns inziens namelijk niet worden begrepen onder de frase 'gegoedheid van de schuldenaar', terwijl een dergelijke omstandigheid normaliter van invloed is op de hoogte van de rentevoet. Ditzelfde geldt, zoals Bouwman terecht opmerkt, voor de valuta waarin een lening denomineert.⁶⁹ Om eventuele discussie over de invulling van het begrip marktrente te voorkomen, acht ik het vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid raadzaam en wenselijk om dit begrip wettelijk te definiëren.

4.4.5 *Converteerbare obligatieleningen*

Tijdens de parlementaire behandeling kwam eveneens aan de orde hoe een converteerbare obligatielening waarvan de crediteur het conversierecht gedurende de gehele looptijd kan effectueren dient te worden behandeld volgens de wetgever.⁷⁰ Ten aanzien van een dergelijke converteerbare obligatielening met een looptijd van vijftien jaar en een volledig winstafhankelijke rente, gaf de staatssecretaris aan dat art. 10, lid 2, onderdeel a van toepassing is op een dergelijke obligatielening. Hij gaf als reden dat de schuldenaar de lening niet eerder dan na vijftien jaar hoeft af te lossen in contanten. Dat de schuldeiser (de obligatiehouder) het recht heeft om eerder over te gaan tot conversie in aandelen doet daaraan niets af, aangezien het terugbetalen in contanten zelfs komt te vervallen bij conversie.

Overigens is het opvallend, dat de wetgever hier art. 10, lid 2, onderdeel a van toepassing verklaart. Het betreft namelijk een (volledig) winstafhankelijke rente als vergoeding plus een conversierecht. Economisch kwalificeert dit conversierecht als een vergoeding voor de verstrekte lening. Of het converserecht ook kwalificeert als *winstafhankelijke* beloning voor toepassing van art. 10, lid 2 is echter zeer de vraag. De beurskoers van een aandeel is (in de realiteit) afhankelijk van meer omstandigheden dan van alleen de winst van de onderneming.⁷¹ Uit het feit dat de staatssecre-

69. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 46.

70. Nota navv, TK 2002-2003, 28 487, blz. 24.

71. Vergelijk in dit verband mijn opmerkingen in paragraaf 3.4.2.2.

taris van mening is dat art. 10, lid 2, onderdeel a van toepassing is, valt af te leiden dat ofwel de wetgever het conversierecht niet ziet als vergoeding ofwel de wetgever het conversierecht ziet als een winstafhankelijke vergoeding. Gelet op de opmerkingen in zijn brief van 11 juli 2002, is de laatste interpretatie de juiste.⁷² Het conversierecht zou in beginsel moeten worden aangemerkt als een winstafhankelijke vergoeding, maar gegeven het feit dat art. 10b expliciet de renteaftrek regelt van converteerbare obligatieleningen, wordt het conversierecht niet meegewogen bij de bepaling van de winstafhankelijkheid voor de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d.

De vraag rijst of de door de wetgever voorgestelde benadering wel leidt tot een bevredigende uitkomst. Als wij de visie volgen dat een conversierecht in beginsel moet worden gezien als een winstafhankelijke beloning en de situatie zich voordoet dat een converteerbare obligatielening met een looptijd van meer dan tien jaar een niet-winstafhankelijke vaste periodieke rentecomponent kent die op het moment dat de vergoeding wordt overeengekomen minder bedraagt dan de helft van de marktrente voor vergelijkbare leningen, dan kwalificeert deze lening in beginsel als een lening ex art. 10, lid 2, onderdeel b. Dit zou met zich brengen dat de gehele vergoeding (inclusief het vaste deel van de rente) niet ten laste kan worden gebracht van de winst van de emittent. Onder art. 10b is echter slechts het conversierecht (winstafhankelijke deel) niet aftrekbaar. De periodieke vaste rente komt in beginsel gewoon in aftrek. Ditzelfde geldt wellicht ook voor een winstafhankelijke periodieke rente, mits het winstafhankelijke deel op het moment van het overeenkomen van de vergoeding minder bedraagt dan de helft van de marktrente op vergelijkbare leningen. Art. 10, lid 2, onderdeel b is dan niet van toepassing omdat het conversierecht niet meetelt als winstafhankelijke vergoeding. Art. 10, lid 2, onderdeel a lijkt evenmin van toepassing, aangezien niet kan worden gezegd dat de vergoeding op de geldlening volledig afhankelijk is gesteld van de winst van de debiteur. Naar mijn mening moet het conversierecht namelijk worden gezien als een niet-winstafhankelijke vergoeding, maar dus wel als een vergoeding, ook voor toepassing van art. 10, lid 2. Bij een convertible zou toepassing van lid 2, onderdeel a daarom nooit de orde kunnen komen. Onderdeel b zou slechts aan de orde kunnen komen indien het niet van de winst afhankelijke deel van de vergoeding (waaronder ook het conversierecht valt) op het moment dat de lening wordt overeengekomen minder bedraagt dan de helft van de marktrente voor kort geformuleerd vergelijkbare leningen.

72. Nr. WDB 2001-665, TK, 2001-2002, 27 896 (dividendstripping en werknemersopties) en 28 034, blz. 6-7. De wetgever merkt op dat een conversierecht niet moet worden beschouwd als winstafhankelijke component van de vergoeding. Daarmee zegt hij niet dat het conversierecht voor toepassing van art. 10, lid 2 in het geheel als vergoeding buiten beschouwing moet worden gelaten. Dit lijkt hij overigens wel te bedoelen, aangezien hij in voornoemde situatie uitkomt op art. 10, lid 2, onderdeel a, waarvoor de gehele vergoeding winstafhankelijk moet zijn. Nu het conversierecht niet moet worden beschouwd als winstafhankelijk, zou de vergoeding dus in het geheel buiten beschouwing moeten blijven als vergoeding om tot toepassing van art. 10, lid 2, onderdeel a te komen.

4.4.6 *Verschuldigdheid is winstafhankelijk*

4.4.6.1 *Onduidelijkheid toepassing*

Onder art. 10, lid 2, onderdeel c vallen leningen waarvan de vergoeding een vast percentage van de hoofdsom bedraagt, dan wel afhankelijk is van één of meer externe niet aan de onderneming gerelateerde factoren, zoals LIBOR.⁷³ Voorts dienen deze leningen achtergesteld te zijn, een looptijd te hebben van meer dan vijftig jaar en een vergoeding waarvan de verschuldigdheid afhankelijk is van de winst of de uitdeling van winst. Art. 10, lid 2, onderdeel c vindt slechts toepassing indien de hoogte van de vergoeding niet afhankelijk is gesteld van de winst van de schuldenaar. De vraag rijst of deze bepaling mag/moet worden gelezen als niet *volledig of gedeeltelijk* winstafhankelijk of dat ook mag/moet worden gelezen dat de verschuldigdheid van de vergoeding wel *volledig of gedeeltelijk* afhankelijk is gesteld van de winst. Deze onduidelijkheid bestaat omdat de leden a en b van art. 10, lid 2 expliciet spreken van volledige afhankelijkheid respectievelijk gedeeltelijke afhankelijkheid, terwijl deze bijwoorden in onderdeel c worden weggelaten.⁷⁴

Ongeacht de voorgeschreven lezing van art. 10, lid 2, onderdeel c lijkt de toepassing van deze bepaling relatief eenvoudig te kunnen worden omzeild. Als namelijk in art. 10, lid 2, onderdeel c moet worden gelezen 'volledig', dan zou gedeeltelijke winstafhankelijkheid van de verschuldigdheid (bijvoorbeeld voor 95%) er al voor zorgen dat art. 10, lid 2, onderdeel c niet van toepassing is. Indien daarentegen moet worden gelezen dat art. 10, lid 2, onderdeel c ziet op situaties waarin de verschuldigdheid van de vergoeding, volledig dan wel deels afhankelijk is van de winst, dan zou het feit dat de hoogte van de vergoeding voor een klein deel afhankelijk is van de winst toepassing van art. 10, lid 2, onderdeel c frustreren.

Het probleem van de invulling van de toepassingsvoorwaarde 'verschuldigdheid van de vergoeding is winstafhankelijk' komt mede voort uit de onduidelijkheid van dit begrip. Nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 10, lid 2, onderdeel c ziet op leningen met een vast rentepercentage dan wel een rentepercentage dat is gebaseerd op LIBOR etc., vallen rentepercentages die fluctueren met de hoogte van de winst van een vennootschap niet onder art. 10, lid 2, onderdeel c.⁷⁵ De situatie van een vaste

73. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 26.

74. Bouwman merkt (ongemotiveerd) op dat toepassing van art. 10, lid 2, onderdeel c slechts aan de orde komt, indien sprake is van volledige winstafhankelijkheid van de verschuldigdheid, vergelijk ook Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 47. Bakker en Bruin zijn echter van mening dat lezing van de bepaling gedeeltelijke afhankelijkheid van de winst (hoe gering ook) niet uitsluit. Gezien het antimisbruikskarakter van de bepaling bepleiten zij echter een beperkte uitleg, dus slechts toepassing van art. 10, lid 2, onderdeel c indien de verschuldigdheid van de vergoeding geheel afhankelijk is van de winst, zie Bakker, M.J.G. & Bruin, P.J.M.; Hybride leningen: geen aftrek wel belast?, TFO 2002/1.

75. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 26.

rente van 6% die slechts wordt verschuldigd indien er winst wordt gemaakt, lijkt echter sterk op de situatie zoals hiervoor behandeld van een vaste rente van 1% en 6% indien er winst wordt gemaakt. Het essentiële verschil is dat de hoogte van de rente in de eerste situatie onomstotelijk vast staat, maar dat de betaling afhangt van de hoogte van de winst.⁷⁶ In de tweede situatie fluctueert de hoogte van de rente met de hoogte van de winst. Gelet op het voornamelijk semantische verschil tussen beide situaties, acht ik de door de wetgever gekozen benadering onwenselijk. Gelet op de hiervoor beschreven onduidelijkheid lijkt het mij beter dit verschil op te heffen.

4.4.6.2 Tijdelijk opschorten van de betalingsplicht

Art. 10, lid 2, onderdeel c is niet van toepassing in de situatie waarin de vergoeding onder bepaalde omstandigheden kan worden opgeschort, maar alsnog dient plaats te vinden zodra deze omstandigheden zich niet langer voordoen. Voorbeelden van dergelijke opschortende omstandigheden zijn de omvang van de winst of het dividend, of – ingeval van banken – het onvoldoende aanwezig zijn van toetsingsvermogen (regulatory approval).⁷⁷ De reden voor het feit dat er in deze situaties geen sprake is van winstafhankelijkheid, is dat de betalingsplicht wel wordt opgeschort maar niet vervalt. Indien echter bij het aangaan van de lening redelijkerwijs kan worden verwacht dat een formeel overeengekomen (vaste) vergoeding door slechte resultaten van de schuldenaar niet zal kunnen worden voldaan, kan er wel sprake zijn van een feitelijk van de winst afhankelijke vergoeding.⁷⁸ Tevens ontstaat dan het risico van een bodemlozeputlening, BNB 1988/217.

Uit de wetsgeschiedenis valt verder nog af te leiden, dat indien een geldlening een zogeheten 'loss absorption clause' bevat, deze clause op zich geen winstafhankelijke verschuldigheid tot gevolg heeft.⁷⁹ Anders geformuleerd brengt deze clause niet met zich dat er sprake is van een niet-cumulatieve vergoeding. Met deze opmerking – die betrekking heeft op art. 10, lid 2, onderdeel c – geeft de staatssecretaris mijns inziens impliciet aan, dat dergelijke clauses niet kunnen leiden tot de aanwezigheid van een winstafhankelijke vergoeding. Zou dit wel het geval zijn, dan komt men in het geheel niet toe aan onderdeel c, omdat onderdeel a of b dan al van toepassing zou zijn. Dat een lening met een loss absorption clause als zodanig naar de letter van de wet niet onder het bereik van art. 10, lid 2, onderdeel a en onderdeel b valt, lijkt mij duidelijk. Economisch bezien is er echter wel degelijk sprake van (partiële) winstafhankelijkheid. Immers, of de loss absorption clause wordt ingeroepen hangt (mede) af van de (hoogte van) de winst. Indien er onvoldoende winst is gemaakt, zal bij de aflossing van de lening een deel van de gecumuleerde (vaste) rente

76. Als er namelijk geen winst wordt gemaakt bedraagt het rentepercentage nog steeds 6%, maar deze rente wordt niet vergoed. Feitelijk is in deze situatie mijns inziens ook al sprake van een staf-fel: 0% rente bij winst < €, € 0] en 6% bij winst < € 0, → > .

77. Ontleend aan de MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 26.

78. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 50.

79. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 26. Een dergelijke clause houdt kort samengevat in, dat indien een vennootschap onvoldoende vermogen heeft voor de rente en de aflossing van de lening bij het einde van de looptijd, dit tekort geheel of gedeeltelijk kan worden afgewenteld op de lening.

niet worden betaald. Ook is het mogelijk dat een deel van de hoofdsom niet wordt gerestitueerd. Dit valt mijns inziens economisch te kwalificeren als negatief indirect winstafhankelijk rendement op de lening. Tegenover dit risico zal doorgaans een hogere (vaste) rente staan, wat meebrengt dat art. 10, lid 2, onderdeel b niet van toepassing is, omdat de vaste rente in beginsel hoger zal zijn dan de helft van de markrentte. Pas na aflossing van de lening wordt duidelijk, of en in hoeverre de clause is ingeroepen en wat het effectieve rendement is geweest.

Waarom de staatssecretaris voor deze benadering kiest, is mij niet geheel duidelijk. Indien een crediteur namelijk is gerechtigd tot het overschot bij liquidatie van de debiteur, kan dit wel winstafhankelijkheid met zich brengen.⁸⁰ Mogelijk dat de opmerkingen over loss absorption clauses op verzoek (of ophaandringen van) de financiële wereld zijn gedaan, mede om gangbare financiële producten niet te raken.

4.4.7 Verbonden lichaam

Art. 10, lid 1, onderdeel d komt niet alleen aan de orde indien de rente afhankelijk is van de winst van de schuldenaar, maar ook indien deze afhankelijkheid bestaat ten aanzien van de winst van een met de schuldenaar verbonden lichaam ex art. 10a, lid 4. Als een verbonden lichaam wordt aangemerkt:

- een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.

Een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen kan op verzoek ook worden aangemerkt als verbonden lichamen.⁸¹ Volgens de wetgever valt ook een hybride lening onder het begrip belang.

In de Eerste Kamer antwoordde de wetgever op de vraag of een hybride lening meetelt voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een verbonden lichaam ex art. 10a, lid 4 dat: *'Het past binnen de context van artikel 10, vierde lid, Wet Vpb 1969 om een geldlening ten aanzien waarvan artikel 10, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969 van toepassing is, mee te laten tellen bij de beoordeling of er sprake is van een verbonden lichaam'*.⁸²

80. Vergelijk Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8 en in gelijke zin Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

81. In hoofdstuk 6 ga ik nader in op het begrip verbonden lichaam.

82. Handelingen EK, 11 december 2001, blz. 636.

In paragraaf 6.6 ga ik nader in op het begrip verbonden lichaam en besteed ik aandacht aan deze opvatting van de staatssecretaris. Ook verdedig ik daar dat de term belang in beginsel beperkt zou moeten blijven tot (informele) kapitaalbelangen.

4.4.8 Leningen die in gedeelten worden afgelost

Indien een geldlening een (voldoende) winstafhankelijke vergoeding heeft, vindt art. 10, lid 1, onderdeel d toepassing indien deze lening geen vaste looptijd heeft, of een aflossingsdatum heeft van meer dan tien jaar. Is de verschuldigdheid van een vergoeding winstafhankelijk, dan treedt art. 10, lid 1, onderdeel d in werking, indien de lening geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum van meer dan vijftig jaar heeft, en de lening daarnaast achtergesteld is.

Normaliter is de looptijd van een lening relatief eenvoudig te bepalen. De looptijd gaat in op het moment dat de beschikkingsmacht over de gelden overgaat van de crediteur naar de debiteur. De looptijd eindigt normaliter bij aflossing van de lening door de debiteur. Bij het bepalen van de looptijdvoorwaarde kunnen zich echter complicaties voordoen. Zo is het voorstelbaar dat een lening niet in één keer wordt afgelost, maar in termijnen. Tijdens de parlementaire behandeling kwam de wijze waarop de tienjaarstermijn in een dergelijke situatie moet worden toegepast aan de orde.⁸³ Uit de wetgeschiedenis blijkt dat in een situatie van een winstafhankelijke lening moet worden gecompartmenteerd, waarbij een deel binnen ommekomst van tien jaar na het aangaan van de lening wordt afgelost en het restant daarna.⁸⁴ De vergoeding die wordt betaald over het deel van de lening dat binnen tien jaar wordt afgelost, is gedurende die tien jaar aftrekbaar. De vergoeding op het deel van de hoofdsom dat een looptijd kent van meer dan tien jaar, is daarentegen niet aftrekbaar. Niel, De Gunst en Van der Linde veronderstellen dat de hiervoor aangehaalde nuancering van de wetgever slechts geldt voor leningovereenkomsten, waarvan bij het aangaan vaststaat dat een bepaald deel van de hoofdsom binnen tien jaar na het aan-

83. Ten aanzien van een geldlening met een winstafhankelijke vergoeding en een aflossingschema dat voorziet in een partiële aflossing binnen tien jaar na het aangaan van de lening en een partiële aflossing na die termijn, merkte de wetgever in eerste instantie op: *'Op het moment waarop deze lening wordt afgesloten wordt overeengekomen dat de laatste termijn van de aflossingen ten aanzien van deze lening, meer dan 10 jaar na de datum waarop de lening is afgesloten ligt. De lening zal dus pas na meer dan 10 jaar volledig zijn afgelost. Voor deze lening zal in zijn geheel als aflossingsdatum gelden de datum waarop de laatste aflossing plaatsvindt. Dit betekent dat indien aan de overige voorwaarde van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb. 1969 is voldaan, de rente ten aanzien van de gehele lening niet aftrekbaar is'*. Naar aanleiding van commentaar op dit antwoord van Kamerlid Stevens (CDA) nuanceerde de staatssecretaris deze opmerking: *'De interpretatie van de heer Stevens van de hybride leningen is correct. De tekst in de schriftelijke antwoorden was iets te streng, ook in vergelijking met het geen wij daarover eerder geschreven hebben'*. Handelingen EK, 11 december 2001, blz. 620.

84. Uit deze opmerking leid ik evenzeer af, dat compartimentering ook zou moeten worden toegepast ten aanzien van leningen met een partiële looptijd van vijftig jaar.

gaan van de lening wordt afgelost en het restant ná tien jaar.⁸⁵ Deze veronderstelling lijkt mij in lijn met de opmerkingen van de wetgever ten aanzien van toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d bij de verkorting van de looptijd.⁸⁶

De opmerkingen van de wetgever roepen de vraag op, hoe moet worden omgegaan met de vergoeding op een lening waarin de schuldenaar de mogelijkheid heeft tot vervroegde aflossing. Waarschijnlijk zal de rente op deze lening niet aftrekbaar zijn. In de MvT gaf de wetgever aan dat een situatie denkbaar is waarin een lening in beginsel voor onbepaalde tijd is afgesloten, maar het zeer waarschijnlijk is dat deze na ommekomst van bijvoorbeeld tien jaar wordt afgelost. De aanwezigheid een step-upclausule kan er volgens de wetgever op wijzen, dat in feite geen sprake is van lening met een looptijd van meer van tien jaar.⁸⁷ Indien het op voorhand welhaast zeker is dat de schuldenaar vervroegd zal aflossen, zou de renteaftrekbepijking van art. 10, lid 1, onderdeel d derhalve geen toepassing moeten vinden.

4.4.9 Rekening-courant

De opmerkingen over leningen zonder vaste aflossingsdatum roepen de vraag op, hoe rekening-courantverhoudingen kwalificeren voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. Eén van de kenmerken van een rekening-courant is namelijk dat hierop normaliter geen vaste looptijd is afgesproken. Bij de parlementaire behandeling is daarover opgemerkt, dat een doorsnee rekening-courantrekening die ook als zodanig wordt gebruikt niet valt onder de werking van art. 10, lid 1, onderdeel d.⁸⁸ Met deze opmerkingen lijkt de wetgever te impliceren dat een rekening-courantverhouding waarover geen rente wordt vergoed, in beginsel wel wordt getroffen door de renteaftrekbepijking van art. 10, lid 1, onderdeel d.⁸⁹ Bij de parlementaire behandeling van art. 10, lid 1, onderdeel d is in de Eerste Kamer de renteloze rekening-courantverhouding aan de orde geweest. Dienaangaande merkte de staatssecretaris op, dat rekening-courantverhoudingen in concernverband binnen Nederland zich hoofdzakelijk voordoen in situaties waarin sprake is van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. In deze situaties worden onderlinge rechtsverhoudingen

85. Niekel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

86. In de Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034 blz. 8 merkte de staatssecretaris dienaangaande het volgende op: *'Een verschuiving van de aflossingsdatum naar een eerder tijdstip heeft geen gevolgen voor het functioneren van die lening als eigen vermogen gedurende de periode tot de wijziging van de aflossingsdatum, zodat de over die periode verschuldigde rente niet alsnog in aftrek kan komen'*.

87. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 26. De geldnemer heeft de mogelijkheid om vervroegd af te lossen, en hij maakt waarschijnlijk gebruik van deze optie binnen tien jaar na het aangaan van de lening. Dit doet hij omdat anders een substantiële verhoging plaatsvindt van de vergoeding (step-up).

88. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 39. Wel vereist zijn volgens de wetgever regelmatige af- en bijboekingen, een zakelijke winstonafhankelijke rentevergoeding en geen achterstelling ten opzichte van andere crediteuren.

89. Op grond van art. 10, lid 4 (zie hierna) heeft een renteloze lening namelijk als een lening met een winstafhankelijke vergoeding te gelden.

geheel buiten beschouwing gelaten.⁹⁰ Hoewel rekening-courantverhoudingen inderdaad vaak ook voorkomen binnen fiscale eenheden, zal dit zeker niet altijd het geval zijn. Te denken valt aan situaties waarin niet wordt voldaan aan de 95% bezits-eis, of waarin voeging niet wenselijk is. Daarbij komt nog dat ook binnen fiscale eenheid onderlinge rechtsverhoudingen van belang kunnen zijn. Hierbij valt te denken aan situaties van winstsplitsing.

Voor de situaties waarin geen sprake is van een fiscale eenheid, kan de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d – gelet op lid 4 – naar de letterlijke tekst van toepassing zijn op een onzakelijk renteloze rekening-courantverhouding. De wetgever meent evenwel dat het niet-aftrekbaar zijn van de (fictieve) rente in een dergelijke situatie geen nadelige gevolgen heeft voor de schuldenaar, nu deze juridisch ook geen rente is verschuldigd. Het is juist dat er juridisch geen rente is verschuldigd, maar de schuldenaar loopt mijns inziens in voorkomende gevallen wel degelijk een fiscale aftrekpost mis, terwijl daar mogelijk wel heffing bij de crediteur tegenover staat. Omdat de binnenlandse schuldeiser geen recht heeft op toepassing van de deelnemingsvrijstelling – vergelijk art. 13, lid 3, onderdeel b – en de fictieve rentebaten bij hem in de heffing worden betrokken, treedt er per saldo economisch dubbele heffing op. Ook in buitenlandse situaties kan zich economisch dubbele heffing voordoen.

4.4.10 Leningen zonder bepaalde looptijd

Leningen zonder vaste looptijd

De hierboven aangehaalde opmerkingen van de wetgever in combinatie met de oorspronkelijke redactie van art. 10, lid 2, onderdelen a, b en c (tekst 2002), zorgden voor verwarring over de kwalificatie van bepaalde leningen. Dit betrof leningen die voor onbepaalde tijd (geen vaste aflossingsdatum) werden afgesloten. Aangezien alleen in de tweede volzin van onderdeel c expliciet werd gerefereerd aan leningen zonder vaste aflossingsdatum, leken leningen zonder een vaste aflossingsdatum slecht te kunnen vallen onder art. 10, lid 2, onderdeel c. Uit de opmerkingen van de wetgever valt echter af te leiden dat leningen met een winstafhankelijke rente zonder vaste looptijd, maar met een feitelijke looptijd langer dan 10 jaar, vallen onder art. 10, lid 2, onderdeel a.⁹¹

Per 1 januari 2003 is daarom in art. 10, lid 2, onderdeel a en b de frase '*De aflossingsdatum is meer dan 10 jaar gelegen na het tijdstip van het aangaan van de geldlening*' vervangen door: '*De*

90. Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 9.

91. Om voornoemde verwarring weg te nemen, heeft de wetgever '*voor alle duidelijkheid (onderstreping JvS) geëxpliciteerd dat een lening zonder vaste aflossingsdatum voor de onderdelen a en b op dezelfde wijze wordt behandeld als een lening met een looptijd van meer dan 10 jaar*', MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 39. Ik vind het zeer de vraag of het hier slechts een verduidelijking betreft. In mijn opinie gaat het hier namelijk om het repareren van een redactionele onjuistheid. Het overgangsrecht lijkt ook in die richting te wijzen.

lening heeft geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening.⁹²

De wetswijziging brengt niet met zich dat elke lening met een winstafhankelijke vergoeding en geen vaste aflossingsdatum zonder meer onder de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d valt. In de Nota navv gaf de wetgever namelijk aan, dat een lening waarvan vast staat dat deze binnen tien jaar geheel moet zijn afgelost, maar waarbij het tijdstip van de aflossingen niet (geheel) vast staat, niet kwalificeert als een hybride lening.⁹³ De aflossing vindt immers plaats binnen ommekomst van tien jaar.

Perpetuele leningen

Met de toevoeging van leningen zonder vaste aflossingsdatum aan art. 10, lid 2, onderdelen a en b, lijken in eerste instantie ook perpetuele leningen onder het bereik van deze bepaling te vallen. Bij nadere bestudering is het echter de vraag, of de wetgever hierin is geslaagd. De eis is namelijk: *'geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening'*. In beide situaties is er echter wel sprake van een aflossingsdatum. Deze aflossingsdatum ligt in het eerste geval niet vast en in het tweede geval ligt hij meer dan tien jaar na het aangaan van de lening. Indien er geen aflossing wordt overeengekomen – mogelijk behoudens liquidatie, faillissement of ontbinding van de vennootschap – lijkt beperking van renteaftrek naar de letterlijke tekst van het tweede lid van art. 10 in het geheel niet aan de orde te kunnen komen. Geen vaste aflossingsdatum is immers wat anders dan geen aflossingsdatum. De kans dat deze tekstuele misser van de wetgever voor de rechter voldoende zal zijn om art. 10, lid 1, onderdeel d in voorkomende gevallen niet van toepassing te verklaren, acht ik echter tamelijk klein, met name gelet op de duidelijke ratio van de regeling.

4.4.11 *Achtergesteldheid ten opzichte van concurrente crediteuren*

Naast de looptijdeis en de eis dat de verschuldigdheid van de vergoeding op de geldlening afhankelijk moet zijn van de winst van de debiteur, geldt voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d, juncto art. 10, lid 2, onderdeel c nog een cumulatieve eis; de eis van de achtergesteldheid van de vordering. In BNB 1998/208 oordeelde de Hoge Raad dat een van de drie cumulatieve criteria is dat de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers. In art. 10, lid 2, onderdeel c staat echter niet, hoe de eis van achterstelling moet worden ingevuld. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft beoogd 'de achterstelling bij één of meer niet-bevoorrechte andere schuldeisers'.⁹⁴ Niekel, De Gunst en Van der Linde zien deze invulling als een aanzienlijke aanscherping ten opzichte van BNB 1998/208 en merken op dat de staatssecretaris

92. Omwille van de leesbaarheid wordt in het vervolg van dit hoofdstuk slechts worden gesproken van 'een looptijd van meer dan tien jaar'.

93. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 24-25.

94. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, 30.

geen reden geeft voor voornoemde aanscherping.⁹⁵ Dienaangaande merk ik op dat art. 10, lid 1 onderdeel d c.s. niet mag worden gezien als een codificatie van BNB 1998/208. De hybride leningwetgeving vormt namelijk een aanscherping van het systeem, zoals dat door de Hoge Raad in BNB 1998/208 is neergelegd.⁹⁶ Hoewel de opmerking van de staatssecretaris voorts op het eerste gezicht een aanzienlijke aanscherping lijkt, vraag ik mij af of – behoudens bijzondere situaties – er materieel wel sprake is van een aanscherping. Samengevat kent een vennootschap de volgende drie categorieën schuldeisers:

1. bevoorrechte schuldeisers (bijvoorbeeld de ontvanger en hypotheekhouders);
2. concurrente schuldeiser; en
3. achtergestelde schuldeisers.

Behoudens uitzonderingsgevallen leidt achterstelling bij één van de concurrente schuldeisers tot achterstelling bij alle concurrente schuldeisers. Dit betekent dat de voorwaarde van de staatssecretaris normaliter neerkomt op de voorwaarde van de Hoge Raad in BNB 1998/208.⁹⁷ Evenals voor BNB 1998/208 lijkt de eis van de achterstelling alleen te zien op de achterstelling van de hoofdsom.

4.5 Wijzigingen in de leningsvoorwaarden en overige wijzigingen

4.5.1 Ratio

Indien de debiteur en crediteur een wijziging overeenkomen in de vergoeding van de lening, dient er ingevolge art. 10, lid 3, eerste volzin te worden beoordeeld of art. 10, lid 1, onderdeel d voor de resterende looptijd van de lening van toepassing is. Bij een wijziging van de looptijd kan zelfs terugwerkende kracht optreden. De ratio achter deze bepaling is dat art. 10, lid 1, onderdeel d anders relatief eenvoudig kan worden omzeild, door bijvoorbeeld snel na het afsluiten van een vastrentende lening met een looptijd van meer dan tien jaar de vergoeding winstafhankelijk te maken. Op bepaalde punten roept deze op zichzelf begrijpelijke antimisbruikbepaling echter vragen op.

95. Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

96. Vergelijk de brief van de staatssecretaris d.d. 11 juli 2002 (nr. WDB 2001-655), blz. 6: *‘Met het wetsvoorstel is beoogd een andere fiscale behandeling te geven aan hybride financieringsvormen dan het geval zou zijn op grond van de jurisprudentie waarbij de herkwalficatie van de geldlening in het geding is (...). Deze andere behandeling is een aftrekbeperking van de vergoeding van een lening die op grond van de criteria van artikel 10, lid 1, onderdeel d, als hybride wordt aangemerkt. Van een codificatie van het arrest BNB 1998/208 is geen sprake. Er is dan ook geen sprake van een één op één vertaling van dit arrest in de wetgeving’.*

97. Anders Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

4.5.2 *Statisch of dynamisch*

De vraag rijst hoe letterlijk de frase 'Op het moment dat er een wijziging wordt overeengekomen' dient te worden uitgelegd. Wanneer bij aanvang in de leenovereenkomst is overeengekomen dat het eerste jaar een vaste (zakelijke) rente is verschuldigd van zeven procent en de (zakelijke) rentevergoeding voor de resterende elf jaar twee procent van de commerciële jaarwinst bedraagt, is het namelijk verdedigbaar dat er in jaar twee geen wijziging in de vergoeding wordt overeengekomen. Hertoetsing zou dan niet aan de orde komen. Daar kan tegenin worden gebracht, dat het wellicht op grond van de letterlijke tekst van art. 10, lid 2, onderdeel a verdedigbaar is, dat art. 10, lid 1, onderdeel d met ingang van jaar twee toepassing vindt. Vanaf dat moment is immers de jaarlijkse vergoeding volledig winstafhankelijk, terwijl tevens wordt voldaan aan de looptijdeis. Hiervoor is het overigens wel noodzakelijk dat art. 10, lid 2 dynamisch wordt uitgelegd. Het opnemen van art. 10, lid 3 lijkt er mijns inziens echter juist op te wijzen, dat de wetgever een statische uitleg van het tweede lid van art. 10 heeft beoogd.

Voor voornoemd voorbeeld kan verder nog worden verdedigd, dat art. 10, lid 2, onderdeel b toepassing vindt vanaf het aangaan van de lening. Hiervoor is noodzakelijk dat voor het bepalen van de winstafhankelijkheid wordt gekeken naar de gehele looptijd van de lening. In casu is dat een vaste rente in jaar één en een winstafhankelijke rente in de resterende jaren. Het is daarom waarschijnlijk dat het totale winstafhankelijke deel van de vergoeding groter is dan de helft van de marktrente voor overigens vergelijkbare leningen. In de parlementaire geschiedenis vind ik voor deze benadering overigens geen steun.

4.5.3 *Resterende looptijd*

Een andere vraag die opkomt bij bestudering van art. 10, lid 3, eerste volzin is, of voor het hybride worden van een lening na het aanpassen van de vergoeding, de winstafhankelijkheid ook langer dan tien jaar moet duren. Met Bakker en Bruin ben ik van mening, dat dit lijkt te volgen uit de ratio van de regeling.⁹⁸ Een lening met een looptijd van elf jaar, waarvan de vergoeding in het begin van het negende jaar winstafhankelijk wordt gemaakt, zou niet moeten kwalificeren als een hybride lening. Van daadwerkelijke cumulatie van de voorwaarden van de respectieve onderdelen van art. 10, lid 2 is dan namelijk geen sprake meer.⁹⁹ Uit de wetsgeschiedenis lijkt echter te moeten worden afgeleid, dat art. 10, lid 2, onderdeel a in het bovenstaande voorbeeld van toepassing is voor de resterende drie jaar.¹⁰⁰

98. Bakker, M.J.G. & Bruin, P.J.M.; Hybride leningen: geen aftrek wel belast?, TFO 2002/1.

99. En getuige de volgende opmerking van de staatssecretaris in de Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 49 is cumulatie van voorwaarden vereist: 'Deze leden vragen om een bevestiging dat de in onderdelen a en b van het tweede lid genoemde eisen cumulatief zijn, inhoudende dat de in die onderdelen genoemde winstafhankelijkheid moet cumuleren met de aflossingstermijn van meer dan 10 jaar. Deze vraag kan ik bevestigend beantwoorden'.

100. Zie Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 49 en 50.

Bij de parlementaire behandeling ging de wetgever in op het volgende voorbeeld. Op een lening van een bank met een looptijd van zeven jaar en een vaste rente, wordt vanaf jaar zes geen rente meer betaald wegens insolventie van de schuldenaar. De bank verlengt de looptijd van de lening met vijf jaar, aangezien het geen zin heeft om onverkort vast te houden aan de aanvankelijk overeengekomen looptijd en rentecondities, omdat de debiteur op korte termijn toch niet zal kunnen betalen. Dienaangaande gaf de wetgever aan, dat voor de jaren zes en zeven in deze situatie geen sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 10, lid 2, onderdeel a of b. Het betreft hier namelijk geen situatie waarin rechte dan wel in feite een winstafhankelijke vergoeding is 'overeengekomen', aangezien naar de intentie van partijen een vaste vergoeding is overeengekomen. Dat deze vergoeding na verloop van enkele jaren niet meer kan worden voldaan, was niet te voorzien bij het aangaan van de lening, en doet daaraan dan ook niet af.

Uit dit voorbeeld in de parlementaire geschiedenis volgt naar mijn mening, dat de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d toepassing vindt indien er wel een winstafhankelijke vergoeding zou zijn. Dat voor de tijd dat de vergoeding winstafhankelijk is niet wordt voldaan aan de looptijdeis, doet daaraan kennelijk niet af. Een mogelijke oplossing voor de belastingplichtigen is dan om de oude lening af te lossen en een nieuwe – winstafhankelijke – lening aan te gaan.

Ten slotte wijs ik nog op de gevolgen van het aanpassen van een winstafhankelijke vergoeding tot een vaste (niet-winstafhankelijke) rente. In de parlementaire behandeling is een dergelijke aanpassing niet aan de orde geweest. In de literatuur bestaat daarover evenwel *communis opinio*, namelijk dat art. 10, lid 1, onderdeel d niet langer toepassing vindt door een aanpassing van een winstafhankelijke rente tot een vaste rente.¹⁰¹ Deze opvatting vindt ook steun in de eerste volzin art. 10, lid 3.

4.5.4 Aanpassen looptijd

Indien de aflossingsdatum van een lening wordt verschoven naar een later tijdstip, bepaalt art. 10, lid 3, tweede volzin dat deze lening wordt geacht deze nieuwe (late-re) aflossingsdatum te hebben gehad vanaf het tijdstip van totstandkoming. Concreet betekent dit, dat de lening opnieuw dient te worden getoetst aan de criteria van art. 10, lid 2. Hierdoor kan de in art. 10, lid 1, onderdeel d opgenomen aftrekbeperking met terugwerkende kracht van toepassing worden. Met het opnemen van deze bepaling heeft de wetgever willen voorkomen, dat de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d relatief eenvoudig zou kunnen worden gefrustreerd door tussentijdse aanpassing van de looptijd van de lening. Ik meen dat – gelet op de ratio van de regeling – de term 'verschuiving van de aflossingsdatum' een materiële invulling verdient. Hieronder valt niet alleen het 'openbreken' van een bestaande leningovereen-

101. Van der Vegt, P.C.; De voortgaande bastaardering van de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1280, Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 51 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekst aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 132.

komst om hierin een nieuwe (langere) looptijd op te nemen, maar ook de situatie waarbij de mogelijkheid tot verlengen is opgenomen in de leningovereenkomst, en van die mogelijkheid wordt gebruikgemaakt.¹⁰² Verder is bij een stilzwijgende verlenging tevens sprake van de verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip.¹⁰³

Indien na aanpassing van de looptijd wordt voldaan aan de criteria van art. 10, lid 2, vindt de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d mede toepassing voor de nog resterende looptijd. De gevolgen van de verlenging van de looptijd beperken zich echter niet tot het heden en de toekomst. Volgens de wetgever heeft de aanpassing van de looptijd ook gevolgen voor het verleden. Hij is namelijk van mening dat de inspecteur binnen de wettelijke kaders door middel van navordering tevens een correctie kan plegen voor de reeds verstreken jaren.¹⁰⁴ Het is dus niet zo dat in het jaar waarin de looptijd wordt gewijzigd, de winst wordt verhoogd met de rente die vanaf de eerste dag van de lening – naar achteraf blijkt – ten onrechte is afgetrokken.¹⁰⁵ Zoals ik hierna nog zal betogen is het echter zeer de vraag, of het voor de inspecteur steeds mogelijk zal zijn om na te vorderen. Voorts ga ik hierna in op de bestaande discrepantie tussen het verlengen van de looptijd (wel een correctie met terugwerkende kracht) en het verkorten van de looptijd (alleen een correctie voor de toekomst).

4.5.5 Navorderingstermijn

Voor navordering is ingevolge art. 16 AWR vereist, dat de verlenging kwalificeert als een nieuw feit. Over het antwoord op de vraag of een de verlenging van een lening zonder meer kwalificeert als een nieuw feit, bestaat in de literatuur geen communis opinio. Zo zijn Bakker en Bruin van mening dat het verlengen van de aflossingstermijn kwalificeert als een nieuw feit.¹⁰⁶ Ik ben daarentegen met De Vries, Bouwman, Brandsma en Van Eijdsen van mening, dat de enkele verlenging van de looptijd geen nieuw feit oplevert.¹⁰⁷ Brandsma merkt op dat – indien de debiteur of crediteur is

102. Overigens is ten aanzien van zo'n verlengbare lening verdedigbaar dat deze reeds valt onder art. 10, lid 2, onderdeel a of b, aangezien zo'n lening geen vaste aflossingsdatum heeft.
103. Vergelijk ook Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 51 en Bakker, M.J.G. & Bruin, P.J.M.; Hybride leningen: geen aftrek wel belast?, TFO 2002/1.
104. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27.
105. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 31.
106. Bakker, M.J.G. & Bruin, P.J.M.; Hybride leningen: geen aftrek wel belast?, TFO 2002/1.
107. De Vries, R.J.; het labyrint van de vennootschapsbelasting uitgebreid: de zogeheten hybride of deelnemende lening wettelijk geregeld, Forfaitair 2002/15, Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 50, Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 136 en Van Eijdsen, J.A.R.; Rentaftrekbeperkingen in art. 10, eerste lid, onderdeel d, en art. 10b, Wet VPB 1969, TFO 2003/188. Van Eijdsen verwijst in dit verband naar Van der Struijk, die met een beroep op HR 4 mei 1955, BNB 1955/240, HR 12 februari →

gevestigd in het buitenland – de navorderingstermijn ingevolge art. 16, lid 4, AWR kan worden verlengd tot twaalf jaar.¹⁰⁸ Hoewel zich theoretisch de situatie laat denken dat Nederland mag heffen over de winst van een in het buitenland gevestigde debiteur ter zake van een lening die na verlenging kwalificeert als een lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d, denk ik niet dat een dergelijke situatie zich snel zal voordoen. Verder kan ik mij geen situatie voorstellen waarin de crediteur in het buitenland is gevestigd en diens gevolge de verlengde navorderingstermijn van art. 16, lid 4, AWR van toepassing is op de debiteur. Art. 16, lid 4, AWR is namelijk beperkt tot situaties waarin te weinig belasting is geheven over een voorwerp van enige belasting, dat in het buitenland wordt gehouden of is opgekomen. Weliswaar wordt de hybride lening in het buitenland gehouden, maar ziet de navordering op Nederlandse winst van de Nederlandse debiteur. Anders geformuleerd, art. 10, lid 1, onderdeel d ziet niet op een inkomensbestanddeel, maar op het schrappen van een aftrekpost.¹⁰⁹

4.5.6 Verlenging looptijd reeds gedeeltelijk afgeloste lening

Tijdens de parlementaire behandeling kwam verder aan de orde, hoe art. 10, lid 3 dient te worden toegepast bij de verlenging van de looptijd van een reeds gedeeltelijk afgeloste lening.¹¹⁰ De wetgever gaf dienaangaande aan, dat uit art. 10, lid 3 volgt dat het restant van de geldlening wordt geacht die nieuwe aflossingsdatum te hebben gehad vanaf het tijdstip van totstandkoming. Indien ook wordt voldaan aan de andere voorwaarde(n) van het tweede lid van art. 10, betekent dit dat art. 10, lid 1, onderdeel d van toepassing is op de rente die is verschuldigd over het restant. Voorts geldt de renteaftrekbeperking ook voor rente over het deel dat betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de wijziging van de aflossingsdatum, ervan uitgaande dat er sprake is van een nieuw feit. Wel is de terugwerkende kracht in principe beperkt door de maximale navorderingstermijn van vijf jaar (plus eventueel verleend uitstel).

Voor de eerder in aftrek gebrachte rente over het reeds afgeloste deel van de lening, heeft een verschuiving van de aflossingsdatum naar een later tijdstip evenwel geen gevolgen. Deze renteaftrek wordt dan ook niet teruggenomen op grond van art. 10, lid 1, onderdeel d. Brandsma onderschrijft de opvatting van de staatssecretaris over

—> 1958, BNB 1958/105 en HR 13 mei 1970, BNB 1970/135 verdedigt dat navordering ten aanzien van voornoemde situaties niet mogelijk is, Van der Struijk, R.W.J.; Hybride lening en geruisloze omzetting; navordering mogelijk?, TFB 2003, nr. 1, blz. 12. Van der Struijk merkt dienaangaande op dat ondanks de terugwerkende kracht van de regeling voor hybride leningen, niet kan worden gezegd dat de primitieve aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld, gegeven de destijds in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden. Mogelijk is dit anders indien men destijds reeds voornemens was om de lening feitelijk een langere looptijd te laten hebben.

108. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 136.

109. Denkbaar zou nog zijn om het bereik van art. 16, lid 4, AWR uit te bereiden met het schrappen van aftrekposten. Een dergelijke uitbreiding acht ik echter niet passend in het huidige systeem.

110. Nota navv, EK, 2001-2002, blz. 7 en 8.

de fiscale gang van zaken na de verlenging van een gedeeltelijk afgeloste lening.¹¹¹ Vanuit het oogpunt van de redelijkheid onderschrijf ik de benaderingswijze van de wetgever. Bovendien sluit deze goed aan bij de door hem in de Eerste Kamer goedgekeurde compartimentering van een lening met een looptijd van meer dan tien jaar, waarvan een deel wordt afgelost voor het verstrijken van de tienjaarsperiode.¹¹²

4.5.7 Verkorten looptijd

Naast de verlenging van de looptijd van een lening, laat zich ook de situatie denken van het verkorten van de looptijd. Ook deze situatie is bij de parlementaire behandeling aan de orde geweest.¹¹³ De verschuiving van de aflossingsdatum van een hybride geldlening naar een eerder tijdstip, kan ertoe leiden dat voor de resterende looptijd van de lening niet langer meer sprake is van functioneren als eigen vermogen. Dit betekent dat de verschuldigde rente over de periode na de wijziging van de aflossingsdatum, in beginsel in aftrek mag worden gebracht. Dit is evenwel niet wettelijk bepaald. Een belastingplichtige is daarom in voorkomende gevallen (naast de ratio van de regeling) aangewezen op uitlatingen van de staatssecretaris als wetgever, waaraan in principe geen vertrouwen kan worden ontleend. Desgewenst kunnen belastingplichtigen eventueel wel de bestaande lening aflossen om vervolgens een nieuwe lening aan te gaan.¹¹⁴ Wel brengt dit mogelijk additionele kosten met zich en stuit in voorkomende gevallen op praktische bezwaren.

Voorts is het opmerkelijk dat het verkorten van de looptijd van een lening niet betekent, dat ook de rente die in het verleden niet in aftrek mocht komen, alsnog in aftrek mag worden gebracht.¹¹⁵ Een verlenging van de looptijd gaat dus wel gepaard met terugwerkende kracht, terwijl dit niet geldt voor een verkorting van de looptijd. In de literatuur is herhaaldelijk op deze discrepantie gewezen.¹¹⁶ Waarom de wetgever heeft gekozen voor deze inconsequente handelwijze, wordt mij uit de parlementaire geschiedenis niet duidelijk. Het lijkt mij redelijker en bovendien fiscaal even-

111. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*, Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 135.

112. Handelingen EK, 11 december 2001, blz. 620.

113. Nota navv, EK, 2001-2002, blz. 8.

114. In gelijke zin Bouwman, J.N.; *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 53 en Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*, Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 135.

115. Zie bijvoorbeeld de brief van de staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920, Kamerstukken EK, 2001-2002, 28 034, waarin hij dit bevestigt.

116. Vergelijk bijvoorbeeld Nickel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; *Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen*, FED 2002/117, Brandsma, R.P.C.W.M.M.; Gooyer, J. & Tuyp, M.B.J.M.; *Nieuwe regeling hybride lening zeer complex*, WFR 2002/867, Bouwman, J.N.; *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 53 en Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen (verstrekt aan lichamen)*, Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 135.

wichtiger om bij zowel een verkorting als een verlenging van de looptijd te corrigeren met terugwerkende kracht, in het eerste geval in het voordeel van de belastingplichtige en in het tweede geval in het nadeel van de belastingplichtige. Situaties waarin sprake is van apert misbruik – zoals het verkorten van de looptijd om winst achteraf op de voor het concern fiscaal zo vriendelijk mogelijke wijze te alloceren – zouden eventueel door separate antimisbruikwetgeving of wellicht *fraus legis* kunnen worden bestreden. Indien de wetgever dit niet wenselijk acht, kan tevens worden gedacht aan het introduceren van een tegenbewijsregeling voor de debiteur. Indien deze aannemelijk maakt dat sprake is van een niet-fiscaal geïndiceerde verkorting van de looptijd, kan achteraf de ten onrechte niet aftgetrokken rente alsnog in aftrek worden gebracht. Dergelijke terugwerkende kracht in de renteaftrek vereist naar mijn mening voorts terugwerkende kracht voor de deelnemingsvrijstelling op het niveau van de crediteur. Blijkt de rente namelijk achteraf met terugwerkende kracht aftrekbaar te zijn, dan zal de rente achteraf gezien moeten zijn belast bij de crediteur en is toepassing van de deelnemingsvrijstelling op deze rentebaten niet op zijn plaats.

4.5.8 Wijziging in de achterstelling

Wijzigingen in vergoeding en looptijd zijn niet de enige wijzigingen die zich met betrekking tot een geldlening kunnen voordoen. Gelet op de voorwaarden van art. 10, lid 2, onderdeel c, is het de vraag wat de gevolgen zijn van het achterstellen van een lening, dan wel van het laten vervallen van een achterstelling. Brandsma gaat ervan uit dat een wijziging in de mate van achtergesteldheid (in ieder geval voor de debiteur) geen fiscale gevolgen heeft.¹¹⁷ Bouwman daarentegen vraagt zich af of dit wel zo door de wetgever is bedoeld.¹¹⁸ Hij wijst daarbij op de opmerking van de wetgever dat de verkorting van de looptijd van een lening ontsmetting voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d met zich brengt. Bouwman leidt uit deze opmerking af dat ook de aanpassing in de mate van achterstelling van belang is voor de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. Ik deel de mening van Bouwman echter niet. De opmerking van de staatssecretaris houdt namelijk verband met de fiscale gevolgen van de verlenging van de looptijd van een lening. In dat kader heeft de staatssecretaris zich tevens uitgelaten over een verkorting van de looptijd van een lening. Het introduceren van een achterstelling nadat de lening is afgesloten of het laten vervallen van de achterstelling, is een onderwerp dat in de wet noch in de parlementaire geschiedenis aan de orde is geweest. Dit lijkt er op te wijzen, dat na het wijzigen van de mate van achtergesteldheid gedurende de looptijd van een lening geen hertoetsing dient plaats te vinden. In situaties van oneigenlijk gebruik is dit mogelijk anders. Hierbij valt te denken aan een situatie waarin op dag één een lening wordt aangaan met een looptijd van 75 jaar, en een rente waarvan de verschuldigdheid afhankelijk is van de winst,

117. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 137.

118. Bouwman, J.N.; *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 53.

om de lening vervolgens op dag twee achtergesteld te maken bij alle concurrente schuldeisers. In zo'n situatie vindt art. 10, lid 1, onderdeel d mogelijk toepassing door een extensieve interpretatie van art. 10, lid 2, onderdeel c via de frase 'rechts dan wel in feite' in art. 10, lid 1, onderdeel d.

Ten slotte biedt het arrest HR 4 september 1996, BNB 1997/42 mogelijk nog aanknopingspunten om – na niet onder art. 10, lid 3 genoemde aanpassingen van de voorwaarden – leningen toch te hertoetsen. Kort samengevat oordeelde de Hoge Raad in dit arrest namelijk dat het wijzigen van de leningsvoorwaarden van een bestaande lening er (onder omstandigheden) toe kan leiden dat de lening als informeel kapitaal moet worden aangemerkt.

4.5.9 Wisselingen in gelieerdheid

Naast wijzigingen in de voorwaarden van de leningsovereenkomsten kunnen wijzigingen in gelieerdheid van debiteur en crediteur ontstaan. De vraag rijst of ook deze wisselingen gevolgen zouden kunnen of moeten hebben voor de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. Indien er bijvoorbeeld als gevolg van een aandeelhouderswisseling of een wisseling van crediteur niet langer gelieerdheid bestaat tussen de debiteur en de crediteur, dan zou art. 10, lid 4 niet langer toepassing dienen te vinden.¹¹⁹ Brandsma noemt ter verdediging, gelet op de letterlijke tekst van art. 10, lid 4, dat de geldlening door de debiteur is verkregen van een verbonden lichaam en dat dit niet verandert door de cessie van de vordering.¹²⁰ Hoewel deze interpretatie inderdaad verdedigbaar is, biedt de tekst van art. 10, lid 4 door de ongelukkige redactie echter nog wel een opening. Het is namelijk de vraag of '(...) een geldlening is verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar is (onderstreping JvS) gelieerd (...)'. Na het verbreken van de gelieerdheid is er geen sprake meer van een geldlening die is verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar is gelieerd, maar van een geldlening die is verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar gelieerd is geweest.

Brandsma gaat in op de gevolgen van de cessie van een hybride lening aan een derde, door een in Nederland gevestigde crediteur die tevens een deelneming in de schuldenaar heeft.¹²¹ Hij geeft daarbij aan dat het door de crediteur behaalde voor- of nadeel ter zake van de cessie onder de deelnemingsvrijstelling valt. Voor het jaar 2002 was dit zonder meer het geval, maar met ingang van 1 januari 2003 geldt hierop een nuancering. Ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b vallen schuldvorderingen ex art. 10, lid 4 namelijk niet langer onder de deelnemingsvrijstelling, ook al heeft de crediteur een deelneming in de debiteur.

119. Strikt genomen is ook de omgekeerde situatie mogelijk.

120. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 138.

121. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 137.

Wijzigingen in gelieerdheid kunnen ook van belang zijn voor de directe toepassing van het tweede lid van art. 10. Zo luidt onderdeel a namelijk: '(...) van de winst van de belastingplichtige of van een met de belastingplichtige verbonden lichaam (...)'. Strikt genomen is het mogelijk dat, gedurende de looptijd, de gelieerdheid verbreekt tussen de debiteur en het voorheen verbonden lichaam van wiens winst de rente afhankelijk is. Het is dan de vraag wat de gevolgen zijn van het verbreken van de verbondenheid. Bij een statische uitleg van art. 10, lid 2 blijft de rente niet aftrekbaar. Ook hier biedt de wettekst ruimte het tegendeel te verdedigen. In voornoemde bepaling in onderdeel a staat namelijk: '(...) de hoogte van de vergoeding op de geldlening is (onderstreping JvS) volledig afhankelijk gesteld van de winst (...) van een met de belastingplichtige verbonden lichaam'. Na het verbreken van de verbondenheid is de rente dus niet meer afhankelijk van de winst van een verbonden lichaam. De rente zou dan (voor het heden en de toekomst) aftrekbaar moeten zijn, wat mij ook een redelijke uitkomst lijkt.

4.5.10 Oversluiten van een lening

Novatie

In de voorgaande paragrafen bleek dat de verlenging van een looptijd en het winstafhankelijk maken van een vergoeding voor een belastingplichtige nadelige gevolgen kan hebben. Het is daarom van belang te onderscheiden wanneer er nog sprake is van het aanpassen van een bestaande lening en wanneer een bestaande lening wordt vervangen door een nieuwe lening. Een dergelijke vervanging wordt in het civiel recht novatie genoemd. Uit de wettekst noch uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden, hoe moet worden omgegaan met deze problematiek. Bouwman merkt op dat indien een materiële lijn wordt gevolgd, toepassing van art. 10, lid 3 aan de orde zou kunnen komen. Wanneer de juridische benadering van het tenietgaan van de oude lening wordt gevolgd, is voor toepassing van deze bepaling echter geen plaats en dient de nieuwe lening zelfstandig op haar fiscale merites te worden beoordeeld.¹²² Bouwman geeft evenwel niet aan, welke benadering hij voorstaat. Brandsma is van mening dat toepassing van art. 10, lid 3 zonder meer aan de orde komt in de situatie dat in de leenovereenkomst een clause is opgenomen die verlenging van de looptijd van de lening mogelijk maakt.¹²³ Zo'n clause kent verschillende verschijningsvormen, zoals stilzwijgende verlenging of verlenging na uitdrukkelijke goedkeuring van debiteur en crediteur. Als na de aanpassing wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 10, lid 2, dan zal in deze situatie art. 10, lid 1, onderdeel d mijns inziens inderdaad toepassing vinden. Indien in een leenovereenkomst een verlengingsclause ontbreekt, dan acht Brandsma het verdedigbaar dat niet de looptijd van de oorspronkelijk gesloten overeenkomst is verlengd, maar dat een nieuwe of nadere overeenkomst wordt gesloten. Dit is volgens hem zeker het geval

122. Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 54.

123. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 134.

indien meer leningsvoorwaarden worden gewijzigd. Naar mijn mening is deze benadering van Brandsma in strijd met de ratio van art. 10, lid 3. Deze bestaat er namelijk, kort samengevat, uit te voorkomen dat art. 10, lid 1, onderdeel d eenvoudig kan worden omzeild door het tussentijds aanpassen van de voorwaarden.

De benadering van Brandsma vindt daarom geen (volledige) steun in het civiele recht. Schuldvernieuwing (novatie) is namelijk een overeenkomst, strekkende tot afstand van een vorderingsrecht, waarbij een nieuwe verbintenis ontstaat.¹²⁴ Bij novatie wordt derhalve de ene verbintenis vervangen door een andere. De eerste verbintenis gaat teniet, vergelijk art. 6:160, BW, terwijl een nieuwe verbintenis ontstaat.

Voorwaarden novatie

Om te kunnen spreken van een novatie-overeenkomst dient de wil van partijen om een dergelijke overeenkomst aan te gaan ondubbelzinnig te blijken. Opgemerkt zij dat de novatie-overeenkomst vormvrij is. Als een zo'n overeenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen, wil dat overigens niet zeggen dat er per definitie sprake is van schuldvernieuwing. Hiertoe dient namelijk nog te worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- vóór de novatie is er sprake van een (rechtsgeldige) verbintenis¹²⁵;
- bij de novatie dient er een nieuwe verbintenis te ontstaan; en
- er dient een oorzakelijk verband te bestaan tussen het tenietgaan van de oude overeenkomst en het ontstaan van de nieuwe overeenkomst.¹²⁶

Niet iedere wijziging van een leningovereenkomst levert civielrechtelijk een schuldvernieuwing op.¹²⁷ In de 'Groene Serie Privaatrecht' wordt mijns inziens evenwel terecht opgemerkt, dat het doorgaans lastig is vast te stellen of een bepaalde wijziging van een overeenkomst al dan niet een schuldvernieuwing met zich brengt.¹²⁸ In de volgende situaties lijkt novatie in beginsel niet aan de orde te komen:

- wijziging van de omvang van een verplichting;
- wijziging van de rentevoet van een lening;¹²⁹

124. Zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 613 en 620. Deze nieuwe verbintenis kan zijn tussen de schuldenaar en de oude schuldeiser, tussen de schuldenaar en een nieuwe schuldeiser, dan wel tussen een nieuwe schuldenaar en de oude schuldeiser. In het navolgende ga ik uit van dat schuldenaar en schuldeiser niet veranderen.

125. De 'oude' verbintenis mag dus niet nietig zijn.

126. Zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 620 e.v.

127. Zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 623-625.

128. Groene Serie Privaatrecht, art. 6:160 BW, aantekening 37, Afbakening terrein objectieve novatie met betrekking tot inhoud verbintenis, bewerkt door Mellema-Kranenburg, T.J. Voor een uitgebreide bespreking verwijs ik naar deze aantekening en naar de aldaar aangehaalde literatuur.

129. Indien niet alleen de rentevoet wordt gewijzigd, maar ook de looptijd en het aflossingschema, dan zal in de regel wel sprake zijn van een schuldvernieuwing.

- het wijzigen van een aflossingsregeling;¹³⁰
- de kwijtschelding van een gedeelte van de schuld.

Asser-Hartkamp meent verder dat het omzetten van een renteloze lening in een rentetragende, of omgekeerd, niet als novatie dient te worden aangemerkt.¹³¹

Fiscaal aansluiten bij het civiele recht?

Uit het voorgaande blijkt dat in het civiele recht niet snel wordt geconcludeerd tot novatie. Gelet op de tekst van art. 10, lid 3 of gelet op de ratio van art. 10, lid 1, onderdeel d zie ik geen reden om voor toepassing van art. 10, lid 3 tot een andere conclusie te komen. Het lijkt mij verder zeer wel verdedigbaar om voor de kwalificatie schuldvernieuwing in het fiscale recht aan te sluiten bij het civiele recht. Zolang er civielrechtelijk geen novatie optreedt, blijft de lening ook fiscaalrechtelijk dezelfde lening. Dit betekent echter niet dat hiermee voor belastingplichtigen alle wegen zijn afgesloten om onder art. 10, lid 3 vandaan te blijven. Zo wordt het aflossen van een lening gevolgd door het aangaan van een nieuwe lening, niet getroffen door de toepassing van art. 10, lid 3. Een extensieve uitleg van deze bepaling door een beroep te doen op de frase 'rechts dan wel in feite' van art. 10, lid 1, onderdeel d biedt voor de fiscus geen soelaas. Deze frase slaat namelijk niet op de geldlening zelf, maar op de omstandigheden die zich met betrekking tot de geldlening voordoen.

Als een lening met een looptijd van acht jaar en met een winstafhankelijke vergoeding na verloop van deze periode wordt vervangen door nieuwe lening met een looptijd van eveneens acht jaar, kan mijns inziens niet worden gezegd dat zich met betrekking tot de geldlening een omstandigheid voordoet ex art. 10, lid 2, onderdeel a, b of c. Het betreft namelijk twee separate leenovereenkomsten, zodat niet kan worden gezegd dat '*de geldlening*' in feite een looptijd heeft van zestien jaar.¹³² De tekst van art. 10, lid 1, 2 en 3 is wat dit element betreft duidelijk. Het staat voorts niet zonder meer vast dat de lening in tweeën wordt geknipt met het oog op het frustreren van art. 10, lid 1, onderdeel d. Voor een dergelijke vermeende knip zijn namelijk verschillende zakelijke argumenten denkbaar:

130. Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Gravenhage 25 januari 1934, NJ 1934/767, alwaar het Hof overwoog: '*Dat, nu de geldlening door Wabeke niet is afgelost en van schuldvernieuwing niets is gebleken daar noch verlenging van den termijn noch verlaging van rente een nieuwe schuld deed ontstaan, appellante volkomen gerechtigd was om geïntimeerde als borg aan te spreken (...)*'. Vergelijk verder het volgende citaat ontleend aan Rechtbank Amsterdam 8 april 1938, NJ 1939/553: '*De wijziging met betrekking tot de aflossingsregeling die in de oorspronkelijke overeenkomst van 21 december 1925 was opgenomen, is niet voldoende om aan te nemen dat de wil om schuldvernieuwing daar te stellen duidelijk uit de akte blijkt*'.
131. De redactie van Groene Serie Privaatrecht, art. 6:160 BW, aantekening 37, Afbakening terrein objectieve novatie met betrekking tot inhoud verbintenis, bewerkt door Mellema-Kranenburg, T.J. meent daarentegen dat het twijfelachtig is dat een dergelijke aanpassing geen schuldvernieuwing met zich brengt.
132. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan de renteaftrek wellicht nog worden geweigerd met een beroep op *fraus legis*.

- rente op een lening van zestien jaar is hoger dan de rente op een lening van acht jaar;
- op voorhand staat niet vast hoe lang de gelden in de onderneming benodigd zijn;
- het is goedkoper om na afloop van de eerste lening weer een nieuwe lening aan te gaan dan om de lening van zestien jaar tussentijds af te lossen. Ter zake van een tussentijdse aflossing kan namelijk een boete zijn verschuldigd, die hoger is dan de afsluitprovisie voor een nieuwe lening.

Als de wetgever ook de situatie van twee opeenvolgende leningen onder de renteaf-trekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d had willen brengen, zou hij dit moeten hebben verwoord in art. 10. Hierbij kan worden gedacht aan een bepaling als: *'Indien de geldlening – rechtens dan wel in feite – wordt vervangen door een nieuwe geldlening, wordt deze nieuwe geldlening voor de bepaling van de looptijd geacht te zijn aangegaan op het tijdstip dat de oorspronkelijke geldlening is aangegaan'*. Ik realiseer mij overigens wel, dat het opnemen van deze bepaling de nodige uitvoeringsproblemen met zich zou brengen. Eén van de vragen die opkomt is namelijk, wanneer kan worden gesproken van het vervangen van een geldlening. Hiervan zal sprake zijn bij civielrechtelijke novatie, maar ook (vanwege het opnemen van de frase 'rechtens dan wel in feite') bij situaties die daarmee feitelijk overeenkomen. Het is de vraag hoe te handelen in de situatie waarin een lening met een looptijd van acht jaar wordt vervangen door een lening met een looptijd van zes maanden, en die vervolgens wordt vervangen door een lening met een looptijd van zeven jaar. Is dan de lening van zes maanden of de lening van acht jaar de oorspronkelijke lening, of moet je de looptijd van deze twee leningen optellen? De laatste oplossing heeft mijn voorkeur, aangezien deze het beste aansluit bij de ratio van de regeling. In de praktijk is het doorgaans niet eenvoudig dergelijke situaties te herkennen. Het gaat namelijk vaak om een veelheid van schulden, aan een veelheid van crediteuren, voor een veelheid van doelen. Verder is het de vraag of nog wel kan worden gesproken van een vervanging als – afgezien van de looptijd – ook de overige leningsvoorwaarden wijzigen. Bij al te grote wijzigingen ten opzichte van de oorspronkelijke lening zou ik deze vraag ontkennend beantwoorden. Ten slotte is er nog de situatie waarin een lening wordt overgesloten op vergelijkbare voorwaarden maar bij een andere crediteur. Deze crediteurwisseling kan natuurlijk bestaan uit het vervangen van een lening bij de (niet gelieerde) bank X door een lening bij de (niet gelieerde) bank Y, maar ook uit het vervangen van een lening bij de gelieerde partij A door een lening bij de gelieerde partij B.

Gelet op voorgaande praktische problemen is het zeer de vraag of het invoeren van een bepaling zoals hierboven wenselijk is. Hoewel ik een dergelijke bepaling theoretisch zeer wel verdedigbaar acht, verwacht ik dat een dergelijke bepaling in de praktijk onwerkbaar zal blijken te zijn. De inspecteur zal namelijk in een (te) lastige bewijspositie verkeren. In de omkering van de bewijslast in het nadeel van belastingplichtigen zie ik geen oplossing, omdat dit het probleem slechts verschuift van de inspecteurs naar de belastingplichtigen. Aan de andere kant brengt het ontbreken van een dergelijke bepaling de mogelijkheid tot het ontwijken van art. 10, lid 1, onderdeel d met zich.

4.5.11 *Schematische weergave van gevolgen van wijzigingen*

In de voorgaande paragrafen werd duidelijk dat het niet voldoende is om leningen alleen bij het aangaan te toetsen aan de voorwaarden van art. 10, lid 2. Ook gedurende de looptijd kunnen zich gebeurtenissen voordoen die de kwalificatie van de lening beïnvloeden. Deze gevolgen heb ik geprobeerd samen te vatten in onderstaande tabel. Het symbool '+' betekent dat de aanpassing gevolgen heeft voor de desbetreffende periode. Het symbool '-' impliceert dat de wijziging geen gevolgen heeft voor de aangegeven periode. Met nadruk wijs ik er op dat – gezien het complexe karakter van deze wetgeving en de nog bestaande onduidelijkheden – dit schema niet moet worden toegepast zonder kennis te nemen van de bovenstaande paragrafen. Dit schema vormt slechts een vereenvoudigde en samengevatte weergave van de werkelijkheid.

Schema gevolgen van wijzigingen voor debiteur	Periode hertoetsing	
	Periode tot het moment van wijziging	Periode vanaf het moment van wijziging
Verlengen lening	+	+
Verkorten lening	-	+
Verlengen partieel afgeloste lening	+ (voor het nog niet afgeloste deel) - (voor het al wel afge- loste deel)	+ (voor het nog niet afge- loste deel) n.v.t (voor het al wel afge- loste deel)
Verkorten partieel afgeloste lening	- (voor het nog niet afgeloste deel) - (voor het al wel afge- loste deel)*	+ (voor het nog niet afge- loste deel) n.v.t (voor het al wel afge- loste deel)
Vergoeding winstafhankelijk maken	-	+
Verschuldigdheid vergoeding winstafhankelijk maken	-	+
Winstafhankelijkheid vergoe- ding wegnemen	-	+
Winstafhankelijkheid verschul- digdheid vergoeding wegnemen	-	+
Achterstellen	-	-
Achterstelling wegnemen	-	-
Novatie	-	+
Wijzigen gelieerdheid	-	+

Figuur1: Schema gevolgen aanpassen lening voor debiteur

* Deze rente was volgens de staatssecretaris reeds aftrekbaar: compartimentering (Handelingen I, 11 december 2001, blz. 620).

4.6 Renteloze leningen en onzakelijke vergoedingen

4.6.1 Winstafhankelijkheidsfictie

In het vierde lid van art. 10 zijn twee onderdelen opgenomen die de reikwijdte van de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d aanzienlijk uitbreiden. In dit vierde lid is namelijk bepaald dat de vergoeding op een lening wordt geacht een winstafhankelijke vergoeding te zijn, wanneer gelieerde partijen een lening aangaan en er ter zake van deze lening geen vergoeding wordt overeengekomen, dan wel dat een vergoeding wordt overeengekomen die in belangrijke mate afwijkt van een zakelijke vergoeding. Dit betekent dat indien een dergelijke lening geen vaste looptijd heeft of een looptijd heeft van meer dan tien jaar, art. 10, lid 2, onderdeel a toepassing vindt ingevolge deze fictie. Uit de redactie van art. 10, lid 4 volgt dat alleen onderdeel a van art. 10, lid 2 van toepassing kan zijn. Toepassing van art. 10, lid 4 leidt namelijk tot fictieve (volledige) winstafhankelijkheid. Voor toepassing van de onderdelen b en c van art. 10, lid 2 is derhalve geen plaats.

Art. 10, lid 4 moet feitelijk worden gezien als de vereenvoudiging van de bewijslast van de inspecteur.

In de MvT wordt namelijk de volgende verklaring gegeven voor het invoeren van art. 10, lid 4: dat het *'zeer lastig (is, JvS) om, indien er in het geheel geen rente is overeengekomen, te bepalen of er in zakelijke verhoudingen een vaste of een variabele rente zou zijn overeengekomen. Daarom is in het vierde lid bepaald dat er vanuit wordt gegaan dat sprake is van een winstafhankelijke vergoeding'*.¹³³

Hoewel ik mij kan voorstellen dat het niet altijd eenvoudig zal zijn te achterhalen of de arm's lengthvergoeding van een renteloze lening al dan niet een vaste vergoeding zou zijn geweest, vraag ik mij af of de gekozen weg de juiste is. Ook indien de arm's lengthvergoeding vastrentend zou zijn geweest, wordt de winstafhankelijkheid aangenomen. Dit betekent dat ingevolge art. 8b een fictieve vaste vergoeding op het niveau van schuldeiser en schuldenaar wordt geïmputeerd, om deze vergoeding vervolgens niet-aftrekbaar te verklaren op het niveau van de debiteur maar – behoudens de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling – wel in aanmerking te nemen bij de crediteur.¹³⁴ Voorts ben ik met Niekel, De Gunst en Van der Linde van mening, dat het ontdoen van een lening van aandeelhoudersmotieven slechts in uitzonderlijke gevallen leidt tot de imputatie van een winstafhankelijke rente.¹³⁵ Ik

133. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27 en vergelijk voorts de brief van de staatssecretaris van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665, TK, 2001-2002, 27 896 en 28 034, vraag 11.

134. Hierbij ga ik ervan uit, dat zowel de crediteur als de debiteur in Nederland gevestigde belastingplichtige lichamen zijn. Overigens kan de crediteur met ingang van 1 januari 2003 in een dergelijke situatie ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b, eerste volzin geen beroep meer doen op toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor de geïmputeerde fictieve rentebaten.

135. Niekel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

vind het dan ook onjuist dat er bij deze bepaling niet tenminste een tegenbewijsregeling is opgenomen.¹³⁶ Mogelijk heeft de wetgever art. 10, lid 4 ingevoerd mede met het oog op grensoverschrijdende situaties.¹³⁷ Als dit inderdaad de reden is, dan is het duidelijk dat deze bepaling overkill kent, aangezien deze (zonder tegenbewijsmogelijkheid) ook van toepassing is in binnenlandse situaties.

Het is de vraag hoe om te gaan met de samenloop tussen art. 8b, lid 1 en art. 10, lid 4, onderdeel b. Brandsma komt tot de conclusie dat de meest consistente wijze is om – in de situatie van een onzakelijk lage rente – de naar een zakelijk niveau gecorrigeerde rente niet in aftrek toe te laten. Voor een onzakelijk hoge rente geldt mutatis mutandis hetzelfde.¹³⁸ Het onzakelijk hoge deel van de rente wordt er dan in art. 8b uitgefilterd, terwijl het restant niet aftrekbaar is ingevolge art. 10, lid 1, onderdeel d. Dit acht ik inderdaad een consistent systeem dat goed past in de wetsystematiek.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever van mening is dat toetsing van de vergoeding aan art. 10, lid 4 slechts plaatsvindt bij het aangaan van de lening.¹³⁹ Dit is anders, indien er gedurende de looptijd van de lening een wijziging van de vergoeding aan de orde komt. De vergoeding wordt dan ten tijde van de wijziging opnieuw getoetst. Het lijkt mij logisch dat ook een wijziging (verlenging) van de looptijd via art. 10, lid 3 en 4 kan leiden tot toepassing van art. 10, lid 2, onderdeel a.

4.6.2 *Gelieerd*

Opvallend is dat voor de invulling van het begrip 'gelieerd' in art. 10, lid 4 wordt aangesloten bij artikel 8b en niet bij art. 10a, lid 4 (verbonden lichaam). Uit de parlementaire geschiedenis kan ik geen duidelijke reden destilleren voor de keuze van de wetgever.¹⁴⁰ Hoewel art. 8b geen onderwerp van studie vormt in dit onderzoek, merk ik volledigheidshalve op dat er belangrijke verschillen bestaan tussen 'gelieerdheid' in de zin van art. 8b en het begrip 'verbonden lichaam' van art. 10a, lid 4.¹⁴¹ Zo kan gelieerdheid voor art. 8b aan de orde komen door kapitaalbelangen zoals in art. 10a, lid 4, maar ook indien een lichaam onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van of het toezicht op een ander lichaam.

136. In gelijke zin Van der Vegt, P.C.; De voortgaande bastaardering van de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1280.

137. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 121 en 124.

138. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 166-168.

139. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 29.

140. Wellicht moet het verband erin worden gezocht dat art. 8b kort samengevat de codificatie vormt van het arm's lengthbeginsel en art. 10, lid 4 ziet op (het ontbreken van) een arm's lengthvergoeding.

141. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 122.

Verder merk ik nog op dat art. 10, lid 4 zich beperkt tot crediteuren/lichamen. Volgens de wetgever is in de situatie waarin een gelieerd natuurlijk persoon een renteloze dan wel onzakelijke lening verstrekt, naar huidig inzicht geen behoefte aan voornoemde fictiebepaling. Hij is deze mening toegedaan aangezien de bepalingen inzake medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming (art. 3.3 Wet IB 2001) en de terbeschikkingstellingsregelingen (art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001) hier reeds een voldoende dam tegen opwerpen.¹⁴²

4.6.3 BNB 1978/252 en art. 8b blijven van toepassing

Bij de parlementaire behandeling van art. 10, lid 4 heeft de wetgever meermalen aangegeven dat deze fictiebepaling pas toepassing vindt, nadat een lening met een onzakelijke rente ingevolge vaste jurisprudentie¹⁴³ (alsmede het per 1 januari 2002 ingevoerde art. 8b) is ontdaan van aandeelhoudersinvloeden.¹⁴⁴ Het is dus uitdrukkelijk niet zo, dat art. 10, lid 4 een onzakelijke vergoeding corrigeert tot een zakelijk niveau. Art. 10, lid 4 bepaalt 'slechts' dat een geldlening, verkregen van een lichaam waarmee de schuldenaar is gelieerd ex art. 8b, met een onzakelijke vergoeding of geen vergoeding, voor toepassing van art. 10, lid 2 wordt geacht een winstafhankelijke rente te dragen.¹⁴⁵

Op grond van art. 10, lid 4 wordt de vergoeding op een lening verkregen van een gelieerd lichaam (voor toepassing van art. 10, lid 2, Wet VB 196) aangemerkt als een winstafhankelijke vergoeding indien:

1. geen vergoeding is overeengekomen; of
2. een vergoeding is overeengekomen die in belangrijke mate afwijkt van een arm's lengthvergoeding.

Normaliter is het wel duidelijk wanneer partijen geen rente overeengekomen zijn. Zo kan in een leenovereenkomst zijn opgenomen dat geen interest is verschuldigd over de geldlening. Verder kan ook het ontbreken van een bepaling over de interest wijzen op renteloosheid van een lening. Indien er niets op schrift is gesteld ten aanzien van de geldlening, dan zal uit de feiten moeten blijken of al dan niet een vergoeding wordt betaald door de debiteur aan de crediteur voor de ter beschikking gestelde gelden. Ook indien een lening formeel niet, doch materieel wel renteloos is, brengt

142. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 29.

143. HR 31 mei 1978, BNB 1978/252 (Zweeds grootmoederarrest).

144. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27, Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 30 en de brief van de staatssecretaris van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665, TK, 2001-2002, 27 896 en 28 034, vraag 11, blz. 9. In de Nota navv verwoorde de staatssecretaris het als volgt: 'Op grond van artikel 8b dient, indien tussen gelieerde partijen geen of een onzakelijk lage vergoeding op een lening is overeengekomen, alsnog een zakelijke vergoeding in aanmerking te worden genomen. Dit is de vergoeding die onder vergelijkbare omstandigheden tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Dit kan zowel een vaste als een variabele vergoeding zijn. (...) Voor de toepassing van dat artikel (art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VpB 1969, JvS) wordt de in aanmerking te nemen vergoeding bij wijze van fictie als winstafhankelijk aangemerkt'.

145. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 50.

art. 10, lid 4, onderdeel a met zich dat de vergoeding wordt geacht winstafhankelijk te zijn vanwege de frase 'rechtens dan wel in feite' in de aanhef van deze bepaling. Hierbij kan mijns inziens worden gedacht aan een lening met een vaste rente (en een looptijd van meer dan tien jaar) tussen gelieerde vennootschappen, waarbij jaarlijks de rente (onzakelijk) wordt kwijtgescholden. Gelet op de volgende passage uit de Nota navv is het echter de vraag of in de door mij geschetste situatie wel sprake is van feitelijke renteloosheid.

'Tevens merken zij (de leden van de VVD-fractie, JvS) op dat de voorgestelde regeling tot een verschil leidt in behandeling ten opzichte van leningen waarbij een vaste, zakelijke rente is afgesproken, en de crediteur de ontvangen rentebedragen nadien als kapitaal ten goede doet komen aan de schuldenaar. Dat er een verschil optreedt tussen de door de leden geschetste casus en de situatie zoals bedoeld in artikel 10, vierde lid, is correct. Het betreft dan ook leningen met verschillende voorwaarden'.¹⁴⁶

Mogelijk bestaat het verschil tussen deze en de door mij geschetste situatie eruit, dat de crediteur de rentebedragen daadwerkelijk ontvangt, terwijl dit bij het kwijtschelden van de rente niet het geval is. Ik ben echter van mening dat dit verschil niet een dergelijk verschil in fiscale behandeling met zich dient te brengen.

De vraag rijst hoe een onder pari uitgegeven renteloze (concern)lening dient te worden gekwalificeerd. Op de vraag of hij met de invoering van art. 10, lid 4, onderdeel a eveneens doelde op de vergoeding op de zogenoemde 'zero coupon'- deep discount -, en vergelijkbare leningen onder de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d wilde brengen, antwoordde de wetgever in zijn brief van 11 juli 2002 aan de Tweede Kamer (vraag en antwoord 9), dat indien een dergelijke lening wordt gesloten tussen gelieerde partijen, moet worden gezien of in de leningsvoorwaarden impliciet een rentevergoeding ligt besloten en in hoeverre door de partijen zakelijk wordt gehandeld in de zin van art. 8b.¹⁴⁷ Dit betekent dat zakelijke renteloze leningen die beneden pari worden uitgegeven, niet onder de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen. Dit lijkt mij een terechte benadering.

Opvallend is verder dat art. 10, lid 4 geen onderscheid maakt tussen zakelijke renteloosheid en onzakelijke renteloosheid. Ook onafhankelijke derden kunnen immers in bepaalde situaties renteloze leningen verstrekken.¹⁴⁸ Materieel gezien leidt deze

146. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 28.

147. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27, de brief van de staatssecretaris van 11 juli 2002, nr. WDB 2001-665, TK, 2001-2002, 27 896 en 28 034, blz. 9.

148. Hoewel een derde niet snel bereid zal zijn om een lening te verstrekken met een looptijd van meer dan tien jaar, laat zich de situatie van een renteloze (direct opeisbare) lening zonder vaste looptijd wel denken. Hierbij valt te denken aan een situatie, waarin een leverancier zo'n lening verstrekt aan zijn afnemer om het faillissement van die afnemer te voorkomen en om zodoende toekomstige leveranties veilig te stellen. Verder bestaat de mogelijkheid dat een afnemer een dergelijke lening verstrekt aan zijn leverancier – om het faillissement van deze te voorkomen – omdat de afnemer (op korte termijn) niet zonder de specialistische producten van de toeleverancier kan.

benadering in principe niet tot problemen, aangezien een correctie op een zakelijk renteloze lening feitelijk niet leidt tot het beperken van renteaftrek terwijl de rentebaten bij de ontvanger evenmin zijn belast.¹⁴⁹

4.7 Overgangsregeling

4.7.1 Hoofdregeel

De wetgeving betreffende hybride leningen raakt niet alle leningen die voldoen aan de in art. 10, lid 2 genoemde voorwaarden. Leningen die zijn aangegaan vóór 1 januari 2002, vallen op grond van overgangsrecht in beginsel niet onder deze nieuwe wetgeving.¹⁵⁰ Op leningen die zijn aangegaan na die datum zijn echter niet altijd gelijke bepalingen van toepassing. Voor leningen die zijn aangegaan ná 31 december 2001, maar vóór 1 januari 2003 geldt weer een aanvullend overgangsrecht.¹⁵¹

De hoofdregel van het overgangsrecht is dat leningen die bestonden vóór 2002 worden geëerbiedigd. Dit betekent dat een lening die voldoet aan de voorwaarden zoals genoemd onder art. 10, lid 2, maar die is aangegaan vóór 1 januari 2002, in beginsel niet wordt getroffen door art. 10, lid 1, onderdeel d.¹⁵² De overgangsregeling was echter zo breed geformuleerd, dat niet alleen bestaande hybride leningen waren geëerbiedigd, maar ook vóór 2002 bestaande niet-hybride leningen waarvan de voorwaarden ná 2002 zodanig zijn aangepast dat deze leningen hybride worden. In de MvT bij de gewijzigde overgangsregeling gaf de wetgever toe, dat de tekst van de oude overgangsregeling te ruim was geformuleerd en dat het niet de bedoeling was alle bestaande leningen te vrijwaren van de hybride leningwetgeving.¹⁵³ Niet beoogd is 'oude' leningen te ontzien als deze na 1 januari 2002 worden gewijzigd tot hybride lening.¹⁵⁴ Om ongewenst gebruik dan wel misbruik van het oude overgangsrecht te voorkomen, is deze regeling daarom aangepast.¹⁵⁵

149. In gelijke zin van Eijdsen, J.A.R.; Renteaftrekbeperkingen in art. 10, eerste lid, onderdeel d, en art. 10b, Wet VPB 1969, TFO 2003/188 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen verstrekt aan lichamen, Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 166.

150. Art. VIII, lid 5, (inwerkingtreding), Wet van 14 december 2001 tot wijziging van belastingwetten c.a. (Belastingplan 2002 II-Economische infrastructuur), Stb. 2001, 641.

151. Al met al ontstaat een zeer onoverzichtelijke situatie, mede doordat zowel de kernwetgeving als het overgangsrecht een jaar na invoering al weer zijn aangepast. Voor een schematisch overzicht verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 231.

152. Dit geldt voor zowel de vennootschapsbelasting als de dividendbelasting.

153. MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 50-51.

154. Overigens komt bij 'wijziging' van reguliere lening in hybride lening de vraag op of sprake is van novatie. Indien dit het geval is, vindt het overgangsrecht mijns inziens geen toepassing en kan art. 10, lid 1, onderdeel d onverkort toepassing vinden.

155. Wet van 11 december 2002 (art. XIV, Stb. 613).

4.7.2 *Uitzonderingen*

In het nieuwe overgangsrecht is geregeld dat, in afwijking van het oorspronkelijke bepalingen, de hybride leningwetgeving ook van toepassing is op een lening die is aangegaan voor 1 januari 2002, indien op of na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet:

1. de voorwaarden waaronder de lening is aangegaan zodanig worden gewijzigd, dat de lening in de zin van art. 10, lid 1, onderdeel d bij de schuldenaar feitelijk gaat functioneren als eigen vermogen; of
2. ingeval het reeds een hybride lening betreft:
 - de aflossingsdatum van de lening wordt verschoven naar een later tijdstip; of
 - een andere rechtspersoon in de plaats treedt van de schuldenaar, tenzij dit geschiedt in het kader van een gefacilieerde fusie of splitsing.

Het eerste punt betreft het tegengaan van het ombouwen van niet-hybride leningen tot hybride leningen. Het tweede punt werpt een dam op tegen toepassing van het overgangsregime op leningen van voor 2002, met bijvoorbeeld een winstafhankelijke rente en een (initiële) vaste looptijd van meer dan tien jaar, waarvan de looptijd nadien wordt verlengd. Art. XIV, onderdeel b, sub 2 bepaalt ten slotte dat de overgangsregeling niet (langer) van toepassing is, indien een andere rechtspersoon de schuld van de schuldenaar overneemt. Hiermee voorkomt de wetgever de handel in oude niet-besmette leningen. Indien de schuldoverneming evenwel geschiedt in de vorm van een fusie of splitsing waarbij de daarbij behaalde winst op de voet van art. 14, 14a of 14b buiten aanmerking blijft, wordt de oude lening wel geëerbiedigd. Opvallend hierbij is dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de overgangsregeling alleen in stand te houden bij fiscaal gefacilieerde fusies en splitsingen. Indien een belastingplichtige om hem moverende redenen kiest voor afrekening, vindt de tegemoetkoming per definitie niet plaats. Waarom is gekozen voor deze insteek, is mij niet geheel duidelijk. Mogelijk dat de wetgever de zakelijkheidstoets, zoals deze is verwerkt in de fusie- en splitsingsfaciliteit, heeft willen importeren naar deze overgangsregeling. Een fiscaal niet gefacilieerde fusie kan echter ook zakelijk zijn. Als het importeren van de zakelijkheidstoets daadwerkelijk de motivering is geweest van de wetgever, dan vind ik een tegenbewijsregeling voor de zakelijkheid van de niet-gefacilieerde fusie of splitsing waarbij een hybride lening overgaat zeker op zijn plaats. Mogelijk komt het onderscheid tussen de wel en de niet-gefacilieerde fusie/splitsing echter voort uit de aard van faciliteit. De verdwijner treedt immers 'in de plaats van' de verdwijner. Dit geldt dan volgens de overgangsregeling ook voor situaties van een fiscaal gefacilieerde fusie of splitsing, maar niet voor de niet-gefacilieerde variant omdat daar geen sprake is van een in de plaats treden.

4.7.3 *Wijzigingen oude leningen in 2002*

Aangezien de aangepaste overgangsregeling in werking is getreden op 1 januari 2003, vallen aanpassingen in het jaar 2002 van leningen die al vóór 2002 bestonden niet onder het bereik van het aangepaste overgangsrecht, maar onder het oude overgangsrecht.¹⁵⁶ Deze leningen worden dus niet getroffen door art. 10, lid 1, onderdeel

d. Indien vóór 2002 bestaande leningen ná 1 januari 2003 worden omgetimmerd tot hybride leningen is het nieuwe overgangsrecht daarentegen wel van toepassing en vallen dergelijke leningen onder het toepassingsbereik van art. 10, lid 1, onderdeel d. Brandsma wijst terecht op een 'kwaadaardig addertje' onder het gras van de overgangsregeling.¹⁵⁷ Ook voor leningen die onder de overgangsregeling vallen, kan een aanpassing van de leningsvoorwaarden¹⁵⁸ in 2007 namelijk nog gevolgen hebben voor de renteaftrek voor het jaar 2002.

Voorts wijs ik op de tamelijk ongelukkige redactie van de overgangsbepaling (art. XIV, aanhef en onderdeel b).¹⁵⁹ Immers met de frase: '(...) tevens van toepassing op geldleningen die zijn aangegaan voor 1 januari 2002, indien op of na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet: (...) ingeval het een geldlening in de zin van art. 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 betreft (...)' bedoelde de wetgever leningen die weliswaar voldoen aan de voorwaarden van looptijd en (gedeeltelijke) winstafhankelijkheid van art. 10, lid 2, maar die vanwege het feit dat ze zijn aangegaan vóór 2002, juist niet kwalificeren als leningen ex art. 10, lid 1, onderdeel d.

4.7.4 Aanpassingen per 1 januari 2003

Per 1 januari 2003 heeft de wetgever art. 10, lid 2, onderdeel a en b 'verduidelijkt', in de zin dat in de wet is opgenomen dat ook (gedeeltelijk) winstafhankelijke leningen zonder vaste looptijd onder art. 10, lid 1, onderdeel d vallen.¹⁶⁰ Door deze verduidelijking zouden in 2002 aangegane leningen zonder vaste looptijd en met een winstafhankelijke vergoeding, al vanaf het tijdstip van totstandkoming onder de werking van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen. Gelet op de 'onduidelijkheid' in de wettekst, heeft de wetgever de werking van deze verduidelijking willen inperken. Voor deze situaties is dan ook een overgangsbepaling in het leven geroepen, waarin is geregeld dat voornoemde leningen niet onder het toepassingsbereik vallen, maar dat de verduidelijking slechts van toepassing is op leningen die zijn aangegaan ná 31 december 2002.¹⁶¹ De overgangsbepaling bevat evenals art. XIV, Wet van 11 december 2002 antimisbruikbepalingen tegen het verlengen van de looptijd en het overdragen van de lening door de schuldenaar aan een andere rechtspersoon.

156. Anders de redactie van Vakstudie-Nieuws, V-N 2002/37.3.

157. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekst aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 228.

158. Er van uitgaande dat deze aanpassing kwalificeert als een nieuw feit.

159. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekst aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 229.

160. Art. XVII, lid 1, Wet van 11 december 2002, Stb. 613.

161. Zie art. XVII, lid 12, Wet van 11 december 2002, Stb. 613. Dit lid is overigens in eerste instantie ingevoerd als lid 11 en later bij NvW, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 6 vernummerd tot het twaalfde lid.

4.8 De deelnemerschapslening en de 10-1-d-lening en fraus legis

Voor zover mij bekend bestaat er geen jurisprudentie over fraus legis in combinatie met een deelnemerschapslening. Het lijkt mij ook niet erg aannemelijk dat de fiscus na het constateren tot een deelnemerschapslening, fraus legis tegen deze deelnemerschapslening stelt. De (her)kwalificatie van een geldverstrekking tot deelnemerschapslening impliceert immers al een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, in afwijking van de civielrechtelijke kwalificatie. Dit wil overigens niet zeggen, dat ik van mening ben dat fraus legis per definitie niet aan de orde kan komen ten aanzien van een feitencomplex met een deelnemerschapslening. Indien de deelnemerschapslening deel uitmaakt van een complex van rechtshandelingen dat louter is gericht op het (voortdurend) ontgaan van belastingheffing, kan het bijzondere rechtsmiddel fraus legis wellicht aan de orde komen.¹⁶² Ook een hybride lening die deel uitmaakt van een complex van rechtshandelingen met als voornaamste doel de verijdeling van belastingheffing, kan mijns inziens in ieder geval theoretisch worden getroffen door fraus legis.

Brandsma is van mening dat fraus legis verder niet snel aan de orde zal komen ten aanzien van hybride leningen. Als voorbeeld geeft hij een lening met een winstafhankelijke vergoeding en een looptijd van negen jaar en 364 dagen.¹⁶³ Met Brandsma ben ik van mening dat fraus legis inderdaad niet van toepassing zou moeten zijn in de door hem geschetste situatie. De regeling voor hybride leningen is immers zo vormgegeven, dat beperking van de renteaftrek etc. pas aan de orde komt, indien is voldaan aan een aantal cumulatief opgesomde voorwaarden. Indien een belastingplichtige – om niet met een renteaftrekbeperking te worden geconfronteerd – dusdanige leningsvoorwaarden overeenkomt dat hij niet voldoet aan de in art. 10, lid 2 geformuleerde voorwaarden, is mijns inziens normaliter geen sprake van fraus legis. Ik sluit – tot de Hoge Raad (of de wetgever) anders heeft bepaald – echter niet uit dat fraus legis (in theorie) aan de orde kan komen in een situatie waarin een lening wordt aangegaan met een winstafhankelijke vergoeding en een looptijd van minder dan tien jaar, terwijl op voorhand vaststaat dat de lening een langere looptijd zal hebben dan tien jaar. Immers, de enige reden om formeel een kortere looptijd overeen te komen, is om onder de renteaftrekbeperking van art. 10, lid 1, onderdeel d vandaan te blijven.¹⁶⁴ Normaliter zal het echter een welhaast onmogelijke opgave voor de fiscus zijn, om fraus legis aannemelijk te maken in een dergelijke situatie.

162. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 104.

163. Mijns inziens zou ook een lening met een looptijd van tien jaar ook nog 'goed' moeten gaan, omdat in art. 10, lid 2 staat: '*De lening heeft geen vaste aflossingsdatum of een aflossingsdatum die meer dan (onderstreping jvS) 10 jaar is gelegen na het tijdstip van het aangaan van de lening*'.

164. Anders van Eijdsen, J.A.R.; Renteaftrekbeperkingen in art. 10, eerste lid, onderdeel d, en art. 10b, Wet VPB 1969, TFO 2003/188.

4.9 Beoordeling hybride leningwetgeving

4.9.1 Inleiding

Gaande dit hoofdstuk heb ik bij het behandelen van de onderscheiden bepalingen van de hybride leningwetgeving kritiek geleverd op de respectieve bepalingen. In deze paragraaf volgt een meer algemeen concluderende beschouwing van de per 1 januari 2002 ingevoerde hybride leningwetgeving. Hierbij ga ik eerst in op de vraag, of deze wetgeving vanuit het oogpunt van de wetgever wel doeltreffend is geweest. Dit betekent dat ik onderzoek of art. 10, lid 1, onderdeel d de met BNB 1998/208 (in combinatie met de invoering van de Wet IB 2001) gerezen probleemgevallen heeft aangepakt dan wel mogelijke toekomstige kwesties in de kiem heeft gesmoord. Vervolgens ga ik in een korte beschouwing in op kritiekpunten bij deze wetgeving, waarbij ik ook aandacht besteed aan de rechtvaardigheid en de efficiency ervan.

4.9.2 Reparatie 'BNB 1998/208'

4.9.2.1 Inleiding

Eén van de belangrijkste vragen ten aanzien van de hybride leningwetgeving is of de wetgever zijn doel heeft bereikt. Enerzijds bestaat dit doel uit het voorkomen van (het ontwikkelen van) beleggingsvormen op het grensgebied tussen eigen en vreemd vermogen in relatie met box 3. Anderzijds moet de hybride leningwetgeving een dam opwerpen tegen grensoverschrijdende structuren, waarbij wordt ingespeeld op kwalificatieverschillen tussen landen. Hierbij is het vooral de bedoeling van de wetgever om de voor hem onwenselijke uitkomsten van de arresten BNB 1998/208 en BNB 1999/176 te neutraliseren. Hoewel het de vraag is of de hybride leningwetgeving wel noodzakelijk is en of de regeling niet met (veel) minder overkill had kunnen (of had moeten) worden uitgevoerd, moet worden gezegd dat deze wetgeving voor een belangrijk deel haar doelen bereikt.

4.9.2.2 Particuliere beleggers

Ten aanzien van de particuliere box 3-belegger die belegt in hybride leningen, kan worden opgemerkt dat een dergelijke belegger fiscaal kan worden vergeleken met belegger in eigen vermogen. Voor beiden geldt namelijk dezelfde heffing in box 3.¹⁶⁵ Op het niveau van de vennootschap worden praktisch gezien de hybride lening en de kapitaalverstrekking voor de vennootschapsbelasting eveneens gelijk behandeld. Voor beide geldverstrekkings geldt namelijk dat de vergoeding niet aftrekbaar is voor de debiteur. De verstrekker van een 'gewone' lening wordt op gelijke wijze in de heffing van de inkomstenbelasting betrokken als de verstrekker van eigen vermogen en de verstrekker van de hybride lening. Het verschil tussen de gewone lening en de andere twee geldverstrekkings wordt echter relevant in de vennootschapsbelas-

165. Dit betekent 30% belastingheffing over een forfaitair rendement van 4% over de gemiddelde waarde van het vermogen (minus het heffingsvrij vermogen).

ting. De vergoeding voor de gewone lening is daar namelijk in beginsel aftrekbaar, terwijl dit niet geldt voor de vergoedingen voor de andere twee geldverstrekkingen. Door in de vennootschapsbelasting de hybride lening voor een belangrijk deel te behandelen als een verstrekking van eigen vermogen, wordt het na de invoering van box 3 niet extra aantrekkelijk om een hybride lening te verstrekken in plaats van eigen vermogen. Indien de hybride leningwetgeving niet zou zijn ingevoerd, zou er fiscaal (vanwege de aftrek in de vennootschapsbelasting) wel een stimulans bestaan om, ook als particulier, een hybride geldlening te verstrekken in plaats van een verstrekking van eigen vermogen.

4.9.2.3 Grensoverschrijdende kwalificatieverschillen

De uitkomst van vooral BNB 1998/208 bracht het risico met zich dat belastingplichtigen dit arrest gebruiken om te komen tot fiscaal voordelige grensoverschrijdende kwalificatieverschillen. Hierbij valt te denken aan het verstrekken van een achtergestelde lening met een lange looptijd en een winstafhankelijke vergoeding door een buitenlandse vennootschap aan een Nederlandse vennootschap. Uit BNB 1998/208 blijkt dat een dergelijke lening vanuit Nederlands perspectief niet wordt gezien als deelnemerschapslening.¹⁶⁶ Hierdoor is de vergoeding op een dergelijke lening in beginsel aftrekbaar in Nederland. Indien een dergelijke geldverstrekking in het buitenland wordt gezien als verstrekking van eigen vermogen die onder een equivalent van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling valt, dan ontstaat een situatie waarin in Nederland de 'rentekosten' ten laste van de winst kunnen worden gebracht terwijl daar in het buitenland geen belaste bate tegenover staat.

Art. 10, lid 1, onderdeel d werpt zeker een dam op tegen structuren waarin wordt ingespeeld op internationale kwalificatieverschillen. Bij het vergelijken van de criteria van een deelnemerschapslening (BNB 1998/208) en de criteria van een hybride lening, valt op dat veel eerder sprake is van een hybride lening dan van een deelnemerschapslening. Dit komt ten eerste omdat – behoudens art. 10, lid 2, onderdeel c – slechts hoeft te worden voldaan aan twee criteria; de looptijdeis en de winstafhankelijkheideis. Daarbij komt nog dat aan deze wettelijke criteria eerder wordt voldaan dan aan de in BNB 1998/208 geformuleerde criteria. Illustratief in dit verband is de eis van de looptijd. In BNB 1998/208 oordeelde de Hoge Raad dat er slechts sprake kan zijn van een deelnemerschapslening, indien er geen vaste looptijd is overeengekomen en de geldverstrekking slechts opeisbaar is bij liquidatie etc.¹⁶⁷ Uit art. 10, lid 2, onderdelen a en b blijkt daarentegen dat een looptijd van meer dan tien jaar in combinatie met een (gedeeltelijk) winstafhankelijke vergoeding een beperking van de renteaftrek met zich brengt. Verder zij gewezen op het feit dat een ren-

166. Wel blijkt uit HR 25 november 2005, BNB 2006/82 dat de looptijd ten hoogste vijftig jaar mag bedragen.

167. Gelet op BNB 2006/82 dient dit criterium te worden gelezen als een looptijd van meer dan vijftig jaar. Voor herkwalificatie dient de winst voorts vrijwel geheel winstafhankelijk te zijn en dient de lening te zijn achtergesteld bij alle concurrente crediteuren. Hoewel na BNB 2006/82 de Hoge Raad de wetgever meer lijkt te zijn genaderd, bestaan er nog steeds grote verschillen tussen een deelnemerschapslening en een hybride lening.

teloze lening zonder vaste looptijd – in gelieerde verhoudingen – eveneens kwalificeert als een hybride lening.

De redactie van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. heeft de mogelijkheden om in te spelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen aanzienlijk verkleind. Hierbij merk ik wel op, dat art. 10, lid 1, onderdeel d mogelijk niet ziet op elke structuur van internationale kwalificatieverschillen van geldverstrekkingen. Dit hangt immers af van de buitenlandse wetgeving. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat in een land (met een deelnemingsvrijstelling) de verstrekking van een lening zonder vaste looptijd maar met een vaste rente wordt gezien als een verstrekking van eigen vermogen. Volgens de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie wordt zo'n lening in beginsel gezien als een gewone lening. In dergelijke situaties blijft het mogelijk en interessant om in te spelen op internationale kwalificatieverschillen. Ook in omgekeerde situaties blijft het mogelijk in te spelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen, vergelijk de casus van BNB 2006/82. Daarin kwalificeerde een geldverstrekking naar Nederlands recht als deelnemerschapslening waarop in casu de deelnemerschapslening toepassing vond, terwijl de geldverstrekking naar Frans recht werd gezien als lening, waardoor de rente daar voor een belangrijk deel aftrekbaar was.

Daarnaast kan art. 10, lid 1, d worden gebruikt om de nadelige gevolge van de thin-capitalisationwetgeving (die nader wordt onderzocht in hoofdstuk 7) te mitigeren. Indien de crediteur van een hybride lening is gevestigd in Nederland en die lening onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling valt, is de rente weliswaar niet aftrekbaar op het niveau van de debiteur, maar evenmin belast op het niveau van de crediteur. Bij thin capitalisation staat – in ieder geval in binnenlandse verhoudingen – tegenover de beperking van de renteaftrek bij de debiteur in beginsel gewoon heffing over de rentebaten bij de crediteur.

4.9.3 *Kritiek op hybride leningwetgeving*

4.9.3.1 *Gebrekkige motivering voor invoering regeling*

Op de reden(en) tot invoering van de hybride leningwetgeving valt het nodige af te dingen. Getuige de wetsgeschiedenis (bijvoorbeeld het voorgestelde art. 3.3 Wet IB 2001) leek deze wetgeving in eerste instantie te worden ingevoerd met het oog op de per 1 januari 2001 ingevoerde vermogensrendementsheffing (box 3). Na kritiek van onder meer de bancaire sector, werd art. 3.3 Wet IB 2001 aangepast en werd een deel van de voorgestelde wetgeving 'verschoven' naar de Wet Vpb 1969. Dit wetsvoorstel weer werd ingetrokken.¹⁶⁸ Pas bij de invoering van het huidige art. 10, lid 1, onderdeel d verschoof het accent naar het tegengaan van het inspelen op internationale kwalificatieverschillen. Hierbij is de vraag onbeantwoord gebleven, in hoeverre de praktijk inderdaad inspeelde op deze kwalificatieverschillen.

168. Voorstel van Wet en MvT, TK, 2000–2001, 27 466.

Getuige de MvT leek dit mee te vallen. Dienaangaande merkte de staatssecretaris namelijk op: *'De maatregel (dat is de renteaftrekbepijking van hybride leningen, JvS) heeft dan ook vooral een preventief karakter en zal daarom in beginsel geen budgettaire opbrengst genereren'*.¹⁶⁹

Gelet op het preventieve karakter van de bepaling vierde het inspelen op internationale kwalificatieverschillen vóór de invoering van deze wetgeving kennelijk geen hoogtij. Dit ondanks het feit dat sinds het wijzen van BNB 1998/208 reeds een aantal jaar verstreken was.

Een ander kritiekpunt betreft het feit dat de wetgever – anders dan de studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief (commissie-Van Rooy) – geen klare wijn heeft geschonken ten aanzien van de kwalificatie van een hybride lening.¹⁷⁰ De studiegroep kiest er namelijk voor onder bepaalde voorwaarden een civielrechtelijke lening fiscaalrechtelijk te herkwijficeren tot kapitaal, mits wordt voldaan aan bepaalde voorwaarden. De wetgever introduceert daarentegen een derde categorie geldverstrekkingen die tussen eigen vermogen en vreemd vermogen in zit.¹⁷¹ Aan de ene kant zijn namelijk rentebetalingen niet aftrekbaar – en vallen de rentebaten bij de debiteur onder nadere voorwaarden (zie hoofdstuk 5) onder de deelnemingsvrijstelling – maar aan de andere kant blijft de hybride lening een lening. Hierdoor telt een hybride lening bijvoorbeeld niet mee als eigen vermogen voor de toepassing van art. 10d (zie hoofdstuk 7). Een authentieke deelnemerschapslening ex BNB 1998/208 kwalificeert daarentegen wel als eigen vermogen voor toepassing van art. 10d. Daarmee kan (afgezien van bijvoorbeeld kapitaalsbelasting) het opnemen van een deelnemerschapslening in voorkomende gevallen fiscaal aantrekkelijker zijn dan het opnemen van een hybride lening.

4.9.3.2 Nadruk op winstafhankelijkheid

Ik ben van mening dat de hybride leningwetgeving te ver gaat. Een lening met een looptijd van elf jaar en een gedeeltelijk winstafhankelijke rente functioneert ingevolge art. 10, lid 1, onderdeel d fiscaalrechtelijk feitelijk als eigen vermogen.¹⁷² Hiermee staat het fiscale recht tegenover het civiele recht, waarin een dergelijke geldverstrekking als lening heeft te gelden. Ook in de (bedrijfs)economie wordt een dergelijke lening als lening gezien. Bovendien zullen banken een dergelijke lening niet aanmerken als garantiikapitaal. Het verschil dat ontstaat tussen het fiscale recht, het civiele recht en de (bedrijfs)economie komt voort uit het feit dat de wetgever – in navolging van de commissie-Van Rooy – mijns inziens verhoudingsgewijs snel overgaat tot het aanmerken van een geldverstrekking als hybride lening. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat bij de wettelijke invulling van de criteria van een hybride lening een

169. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 25.

170. Vergelijk Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief (commissie-Van Rooy), Verbreiding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 31.

171. Overigens werd dit pas duidelijk bij de parlementaire behandeling van art. 10d, zie bijvoorbeeld NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

172. Vergelijk art. 10, lid 1, onderdeel d. Voor toepassing van onder meer art. 10d en de (per 1 januari 2006 afgeschaft) kapitaalsbelasting heeft een hybride lening niet als eigen vermogen te gelden.

relatief zwaar gewicht is toegekend aan de winstafhankelijkheid van de vergoeding van een lening.

De wetgever motiveert deze keuze als volgt: 'Voor een onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen lijkt (onderstreping JvS) in andere landen de mate waarin de vergoeding afhankelijk is van de winst wat meer gewicht in de schaal te leggen dan de elementen looptijd en achtergesteldheid. In de mate van winstafhankelijkheid komt tot uiting in hoeverre de geldgever kan delen in het opwaartse en/of neerwaartse risico van de onderneming, hetgeen het belangrijkste (onderstreping JvS) aspect is van de verschaffing van eigen vermogen. Ook in het nieuwe tweede lid van artikel 10 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is ervoor gekozen aan de winstafhankelijkheid van de lening een wat zwaarder gewicht toe te kennen dan aan de andere elementen'.¹⁷³

De wetgever merkt op dat in andere landen winstafhankelijkheid iets meer gewicht in de schaal lijkt te leggen bij de her kwalificatie van leningen dan andere grootheden, zoals de looptijd. Kennelijk is dit dus niet zeker. Waarschijnlijk baseert de staatssecretaris dit op de bevindingen van de commissie-Van Rooy. In paragraaf 4.2.2 merkte ik al op, dat uit bijlage XXII (overzicht van de behandeling van hybride instrumenten van enkele andere landen) van het rapport van de commissie-Van Rooy mijns inziens niet kan worden afgeleid dat in de meerderheid van deze landen de nadruk wordt gelegd op de winstafhankelijkheid van de vergoeding bij het beoordelen van het karakter van de geldverstrekking.

Door de gekozen benadering worden onder art. 10, lid 1, onderdeel d leningen geschaard, die ik daar niet vind thuishoren. Dit wordt versterkt door de materiële invulling van het begrip winstafhankelijkheid. Daarnaast is het opvallend dat andere geldverstrekkingen die economische kenmerken hebben van eigen vermogen juist niet kwalificeren als hybride lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d. Een perpetuele lening met een vaste rente (of bijvoorbeeld LIBOR plus een risico-opslag) valt namelijk niet onder het bereik van de hybride leningwetgeving, terwijl deze voor het jaarrekeningenrecht partieel als eigen vermogen wordt (of kan worden) aangemerkt, vergelijk paragraaf 2.4.3.3. Voorts lijkt van een deelnemerschapslening of bodemlozeputlening evenmin sprake. Wellicht kan de uitzondering schijn nog in stelling worden gebracht. Echter, indien deze lening opeisbaar is bij faillissement etc. en niet is achtergesteld bij concurrente schuldeisers, dan lijkt het – mede gelet op het feit van de vaste rente – zeer de vraag of de uitzondering schijn wel toepassing vindt.¹⁷⁴ Gelet op de (in beginsel oneindige) looptijd van deze lening, kan overigens wellicht worden verdedigd dat een dergelijke lening ook civielrechtelijk neigt naar kapitaal, ondanks het feit dat zo'n lening geen recht geeft te delen in de winst van de debiteur en zo'n lening evenmin leidt tot zeggenschap. Civielrechtelijk is een terugbetalingsverplichting namelijk in beginsel essentieel voor de kwalificatie als geldlening.

173. MvT, 2001-20002, 28 034, blz. 25.

174. Vergelijk evenwel BNB 2006/82 waarin een (achtergestelde winstafhankelijke) lening met een looptijd van meer dan vijftig jaar kwalificeert als eigen vermogen.

Art. 7A:1800, lid 1, BW luidt immers: *'Die iets ter leen ontvangt is verplicht hetzelfde, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, en op den bepaalden tijd, terug te geven'*. Art. 7A:1807, BW luidt evenwel: *'Het vestigen eener altijddurende rente is eene overeenkomst, waarbij de uitleener interesten bedingt, tegen betaling ener hoofdsom welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen'*.

Hoewel ik mij realiseer dat een perpetuele lening zeker niet direct kan worden gezien als een kapitaalverstrekking, vraag ik mij af waarom zo'n zwaar gewicht wordt toegekend aan winstafhankelijkheid voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d, terwijl dit niet het geval is voor een eveneens belangrijk criterium als looptijd. In dit verband wijs ik op Luxemburg, waar een groot belang wordt gehecht aan het tijdstip en recht van terugbetaling voor de kwalificatie vreemd vermogen of eigen vermogen.¹⁷⁵ Hiermee wil ik overigens niet direct pleiten voor het overnemen van een systeem zoals dat wordt gehanteerd in Luxemburg. Met het voorgaande wil ik vooral illustreren, dat de door Nederland gekozen toepassingscriteria voor art. 10, lid 1, onderdeel d arbitrair en niet goed gefundeerd zijn.

4.9.3.3 Renteloosheid en onzakelijke rente

Op grond van art. 10, lid 4 kunnen ook renteloze leningen en leningen met een onzakelijke vergoeding onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen. Door voornoemde fictiebepaling wordt het bereik van deze renteaftrekbepaling aanzienlijk uitgebreid. Financieringen waarbij winstafhankelijkheid in het geheel niet aan de orde is, worden (zonder tegenbewijsmogelijkheid) onder het bereik gebracht van deze antimisbruikwetgeving. De motivering van de wetgever voor de invoering van art. 10, lid 4 is dat het voor een inspecteur doorgaans niet eenvoudig is om in de situatie waarin er in het geheel geen rente of een onzakelijke rente is overeengekomen, te bepalen of er in zakelijke verhoudingen een vaste of een variabele rente zou zijn afgesproken.¹⁷⁶ Hoewel er al vraagtekens kunnen worden gezet bij deze motivering, verdient deze bepaling ten minste een tegenbewijsregeling. Het ligt namelijk voor de hand, dat er in veel gevallen een niet-winstafhankelijke vergoeding zou zijn overeengekomen. Een tegenbewijsregeling ontbreekt echter.

Wel heeft de wetgever aangegeven, dat naar een oplossing zal worden gezocht voor nationale situaties van dubbele heffing met toepassing van de hardheidsclausule.¹⁷⁷ De opmerking van de staatssecretaris dat voor situaties waarin een renteloze lening verstrekt door een Nederlandse moeder aan een Nederlandse dochter met toepassing van de hardheidsclausule aan de zijde van de moedermaatschappij zal worden gestreefd naar een evenwichtige oplossing, lijkt er op te wijzen dat die oplossing moet worden gezocht in de deelnemingsvrijstelling.¹⁷⁸ Voor situaties waarin een binnenlandse dochter een renteloze lening zonder vaste looptijd verstrekt aan een binnenlandse zuster is er geen oplossing voorhanden, ook al kan de crediteur aannemelijk maken dat er een vaste rente in rekening zou zijn gebracht indien zakelijk zou

175. Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief (commissie-Van Rooy), Verbreiding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 113.

176. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27.

zijn gehandeld. De enige manier om deze nadelige uitkomst te voorkomen, is om in dergelijke situaties een vaste at arm's lengthvergoeding overeen te komen.

4.9.3.4 Tussentijdse wijzigingen leningvoorwaarden

Terecht is in de hybride leningwetgeving opgenomen dat ook wijzigingen gedurende de looptijd van de lening de toepasselijkheid van art. 10, lid 1, onderdeel d met zich kunnen brengen. Zonder dergelijke flankerende maatregelen zou het relatief eenvoudig worden art. 10, lid 1, onderdeel d te omzeilen. De door de wetgever gekozen methode werkt echter niet consequent uit. Zo leidt bijvoorbeeld het verlengen van een lening (met een winstafhankelijke vergoeding) tot een looptijd van meer dan tien jaar met terugwerkende kracht tot beperking van renteaftrek. Daarentegen leidt het verkorten van een dergelijke lening van een looptijd van meer dan tien jaar tot een looptijd van minder dan tien jaar, niet tot het met terugwerkende kracht niet van toepassing zijn van art. 10, lid 1, onderdeel d. Voorts lijkt het achterstellen van een lening of het wegnemen van een achterstelling geen consequenties te hebben voor de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. Een meer evenwichtige benadering lijkt mij op zijn plaats. Hierbij valt ten eerste te denken aan het toevoegen van het wijzigen van de achterstelling van een lening in art. 10, lid 3 in de zin dat het later opnemen of juist het schrappen van een achterstellingsclausule in de leningsvoorwaarden gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van art. 10, lid 1, onderdeel d. Verder zou het de voorkeur verdienen om bij het wijzigen van de looptijd van een lening op gelijke wijze om te gaan met een verlenging als met een verkorting. Ik acht het op zich acceptabel dat er ten aanzien van verlenging van de looptijd een correctie met terugwer-

177. Nota navv, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 25. In internationale procedures – zo geeft de wetgever aan – kan wellicht een oplossing worden gevonden in een onderlinge overlegprocedure, vergelijk MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 39. Aldaar merkt de wetgever het volgende op: *'Indien in geval van een onzakelijke vergoeding bij een Nederlandse schuldenaar op grond van artikel 10, vierde lid, geen aftrek wordt toegestaan, terwijl in het land van de schuldeiser op basis van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel wel een vergoeding in de heffing wordt betrokken, kan deze dubbele heffing aanleiding geven tot overleg tussen de verdragspartijen. Mocht in dat overleg overeenstemming worden bereikt dat de lening op grond van het arm's-lengthbeginsel bij de schuldenaar dient te worden behandeld als vreemd vermogen, dan zal Nederland in het kader van de verdragstoepassing alsnog aftrek van de vergoeding toestaan'*. Dat een belastingplichtige is aangewezen op een onderlinge overleg procedure is verre van ideaal. In de regel kost zo'n overlegprocedure de nodige tijd en bovendien is de uitkomst van een dergelijke procedure onzeker en niet toetsbaar door de rechter. Daarnaast is het denkbaar dat – hoewel Nederland een uitgebreid verdragen netwerk heeft – een hybride lening is verkregen van een crediteur die in een niet-verdragsland is gevestigd. Dubbele heffing kan dan mijns inziens niet worden voorkomen. Het BvdB biedt daarvoor namelijk onvoldoende mogelijkheden. Belastingplichtigen staat mijns inziens dan nog slechts een beroep op de hardheidsclausule open.

178. Nota navv, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 26.

kende kracht plaatsvindt, maar dan lijkt het mij redelijk om bij een verkorting van de looptijd ook met terugwerkende kracht te corrigeren.¹⁷⁹

4.9.3.5 Ontgaansmogelijkheden in concernverband

Een belangrijke 'achilleshiel' van de hybride leningwetgeving is dat opeenvolgende leningen die voor een periode korter dan tien jaar worden aangegaan, in beginsel buiten het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen. Met name bij grotere internationale concerns met verschillende financieringslichamen valt hierop in te spelen. Belastingplichtigen zijn immers vrij in het kiezen van hun crediteur. Indien een belastingplichtige een lening met een winstafhankelijke vergoeding van negen jaar aangaat bij concernfinancieringslichaam X en na ommekomst van die negen jaar een nieuwe lening (wederom met een winstafhankelijke vergoeding) afsluit bij een ander concernfinancieringslichaam, dan valt geen van deze beide leningen onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d. Art. 10, lid 3 is voor dergelijke situaties immers niet geschreven. In uitzonderlijke situaties kan mogelijk *fraus legis* van toepassing zijn. De kans dat een inspecteur in een procedure *fraus legis* succesvol in stelling brengt, acht ik echter niet bijzonder groot. De financieringsbehoefte van een vennootschap staat namelijk veelal op voorhand niet exact vast en het is niet ongebruikelijk om in concernverband leningen aan te gaan met een looptijd tussen de vijf en de tien jaar. Verder zullen de leenbedragen van de oude en de nieuwe lening vaak niet parallel lopen, omdat de financieringsbehoefte gedurende de jaren wijzigt en het mogelijk is dat de voorwaarden van de twee leningen verschillen (denk bijvoorbeeld aan een andere vergoeding). Het zal voor de fiscus daarom geen *sinecure* zijn, om in voorkomende gevallen aannemelijk te maken dat het verkomen of verijdelen van belastingheffing de voornaamste reden is voor het aangaan van een lening met een looptijd van minder dan tien jaar gevolgd door het aangaan van een lening met een looptijd van wederom minder dan tien jaar.¹⁸⁰

Uit het voorgaande volgt dat art. 10, lid 1, onderdeel d in concernsituaties (uitzonderingen daargelaten) feitelijk geen problemen hoeft op te leveren. De constatering dat de hybride leningwetgeving (zeker in concernrelaties) relatief eenvoudig kan wor-

179. Een dergelijke benadering brengt in beginsel wel praktische problemen met zich. Zo bestaat de mogelijkheid dat in geval van een verkorting van de looptijd ten aanzien een deel van de voorgaande jaren reeds een definitieve aanslag is opgelegd. Een praktische oplossing is dan om het gehele – naar achteraf blijkt ten onrechte – niet aftrek gebrachte bedrag in het jaar van de aanpassing van de leningsvoorwaarden ten laste van de winst te brengen om dit vervolgens – eventueel door middel van *carry back* en *carry forward* – te verrekenen. Het succes van deze benadering hangt evenwel mede af van de regels ten aanzien van verliesverrekening. Verder zal een probleem kunnen ontstaan voor in het verleden – naar achteraf blijkt ten onrechte – toegestane deelnemingsvrijstelling. Om deze alsnog te kunnen terugnemen lijkt een wetswijziging onontbeerlijk.

180. Wel brengt het na iedere tien jaar aangaan van nieuwe lening (bij een ander lichaam) kosten met zich (advocaat/jurist, belastingadviseur e.d.). Dit geldt ook in concerninterne situaties, aangezien het ook dan – mede gelet op art. 8b – van belang is dat transacties *at arm's length* geschieden en voorts goed worden gedocumenteerd. Bij het aangaan van de nieuwe lening zal daarom een nieuwe *at arm's length* vergoeding moeten worden vastgesteld.

den omzeild, is opmerkelijk. Weliswaar was de hybride leningwetgeving in eerste instantie voornamelijk bedoeld als stok achter de deur (of misschien beter; als zwaard van Damocles)¹⁸¹, dat neemt niet weg dat het op zijn minst opvallend is dat deze wetgeving relatief gemakkelijk kan worden gefrustreerd. Gelet op de antimisbruikbepalingen die zijn geïncorporeerd in de hybride leningwetgeving, zoals het derde en vierde lid van art. 10, is het merkwaardig dat de wetgever zo'n grote ontwijkingsmogelijkheid in deze regelgeving heeft laten voortbestaan. Mogelijk fungeert deze wetgeving daarom niet in de laatste plaats als een soort 'windowdressing' richting het buitenland. Een dergelijke benadering betekent echter wel een negatieve uitstraling op het Nederlandse vestigingsklimaat.

4.9.3.6 Onduidelijkheid

Een ander belangrijk kritiekpunt op de regelgeving betreffende hybride leningen, is de op bepaalde punten onduidelijke reactie van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. in combinatie met de parlementaire geschiedenis van deze bepaling. In dit hoofdstuk zijn hiervan reeds verschillende voorbeelden de revue gepasseerd. Het beste voorbeeld is de vraag of een hybride lening moet worden aangemerkt als informeel kapitaal of dat een hybride lening 'gewoon' een lening blijft. Op deze duidelijke vraag die ook in niet mis te verstane bewoordingen door het parlement aan de staatssecretaris is gesteld, gaf hij geen duidelijk antwoord.¹⁸² Pas bij de parlementaire behandeling van art. 10d (in 2003!) gaf de staatssecretaris meer duidelijkheid over de kwalificatie van een hybride lening.

Verder roept ook de frase '*Bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek: (...) waardemutaties van de lening (...)*' de nodige onduidelijkheid op. Een dergelijke formulering brengt namelijk mee, dat naar de letterlijke tekst van de wet, de stijging van een vreemde valuta waarin een lening denomineert ten opzichte van de euro niet leidt tot een aftrekbaar verlies voor de schuldenaar. Een stijging van de euro ten opzichte van de vreemde valuta daarentegen leidt wel tot een belaste winst. Ten aanzien van art. 10a speelt een vergelijkbare problematiek. In de literatuur is geconstateerd dat valutaverliezen niet aftrekbaar maar valutawinsten wel belast leken te zijn.¹⁸³ In de parlementaire geschiedenis van art. 10a is aan dit probleem overigens geen aandacht geschonken. Bij de parlementaire behandeling van art. 10, lid 1, onderdeel d heeft de wetgever voor toepassing van deze bepaling daarentegen aangegeven, dat de term waardemutaties positieve én negatieve mutaties omvat, en dat zowel opwaarderingen als afwaarderingen de fiscale winst niet raken.¹⁸⁴ Hoewel ik mij kan vinden in de evenwichtige uitwerking die de wetgever kiest, stemt deze opvatting niet overeen met de wettekst. Het zou daarom passender zijn geweest, als hij de wet op dit punt had aangepast.

181. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 25.

182. Zie hiervoor nader paragraaf 5.3.

183. Vergelijk De Vries, R.J.; Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524.

184. Nota navv, EK 2001-2002, 28 034, blz. 7.

Ook ten aanzien van het begrip winstafhankelijkheid bestaat nog onduidelijkheid. Zo is het in eerste instantie de vraag wat moet worden verstaan onder winstafhankelijkheid. Mijns inziens valt daaronder ook een discontinue winstafhankelijkheid die naar onder en boven is beperkt.¹⁸⁵ Verder is mij, ondanks de verschillende opmerkingen van de staatssecretaris gedurende de parlementaire behandeling, nog niet geheel duidelijk wat moet worden verstaan onder feitelijke winstafhankelijkheid. De opmerking van de staatssecretaris dat (feitelijke) winstafhankelijkheid slechts aan de orde is in de situatie waarin de waardeontwikkeling van het desbetreffende activum de winst in absolute en relatieve zin in betekenisvolle mate doet toenemen, leidt slechts ten dele tot een verheldering voor belastingplichtigen als voorts het begrip in betekenisvolle mate niet kwalitatief wordt ingevuld.¹⁸⁶

Verder acht ik het opvallend dat een lening met een loss absorptionclausule niet en een lening die mede recht geeft op het liquidatieoverschot mogelijk wel kwalificeert al een lening met een winstafhankelijke rente.¹⁸⁷ Een lening met een loss absorptionclausule heeft veelal namelijk een relatief hoge vaste rente met nog een eventuele negatieve variabele component. Het uiteindelijke effectieve rendement inclusief de terugbetaling hangt derhalve mede af van het resultaat van de debiteur.

Een ander aandachtspunt is de invulling van het begrip marktrente ex art. 10, lid 2, onderdeel b. De wetgever geeft dienaangaande aan dat onder de marktrente dient te worden verstaan, een vaste rente die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen voor een lening met dezelfde looptijd, waarbij de schuldenaar dezelfde goedgeheid heeft als de belastingplichtige.¹⁸⁸ Mijns inziens moet ook rekening worden gehouden met andere grootheden, zoals een mogelijke achterstelling van een lening of de valuta waarin een lening denomineert.

Het spreekt voor zich dat onduidelijkheid over bepaalde wettelijke begrippen en bepalingen nadelig uitpakt voor de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Als bezwaar tegen een duidelijke uitleg zou kunnen gelden, dat belastingplichtigen dan 'op het randje kunnen gaan lopen'. Op tal van plaatsen in verschillende wetten wordt echter gekozen voor een bepaalde getalsmatige invulling. Te denken valt aan het voor verschillende artikelen in de vennootschapsbelasting relevante begrip 'verbonden lichaam' ex art. 10a, lid 4. Van verbondenheid is sprake bij een belang van ten minste eenderde. Bij een belang van 30% is er dus geen sprake van verbondenheid. Dit is geen misbruik; maar dit volgt eenvoudigweg uit de wet. Op deze manier weten belastingplichtigen en inspecteurs waar zij aan toe zijn, en worden onnodige onzekerheid en kostbare procedures voorkomen.

185. Anders Peters, M.J.; Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur; WFR 2002/268 en Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 45.

186. Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8.

187. Vergelijk Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 8.

188. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27-28.

4.10 De hybride lening in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'

4.10.1 Voorgestelde wijzigingen

Door de wijzigingen in art. 10 worden (onder meer) de hybride leningwetgeving zoals deze is geïntroduceerd per 1 januari 2002 en is gewijzigd per 1 januari 2003, nu ingetrokken. Overigens blijft art. 10, lid 1, onderdeel d eerste volzin in stand en worden slechts art. 10, lid 1, onderdeel d, tweede volzin en de leden 2 tot en met 4 geschrapt (onder vernummering van lid 5 tot lid 2). De staatssecretaris heeft op advies van de Raad van State art. 10, lid 1, onderdeel d eerste volzin in stand gelaten. De ratio hierachter is te vermijden dat uit het schrappen van de hele bepaling wordt afgeleid dat rente op 'hybride leningen' steeds aftrekbaar is.¹⁸⁹

4.10.2 Motivering schrappen hybride leningwetgeving

Als motivering voor het intrekken van de hybride leningwetgeving voert de staatssecretaris aan dat de nadere wettelijke invulling van het begrip hybride lening in de praktijk weinig blijkt te zijn toegepast.¹⁹⁰ Hieruit concludeert hij dat de invoering van de vermogensrendementsheffing – anders dan destijds werd gevreesd – nauwelijks een impuls heeft gegeven aan de ontwikkeling van nieuwe producten op het grensvlak van eigen en vreemd vermogen. Voorts voert de staatssecretaris aan dat is gebleken dat de destijds geformuleerde randvoorwaarden beperkingen opleggen aan de toepassing van die bepaling. Daarnaast blijkt uit vooroverleg tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst dat de praktijk de toepassing gecompliceerd vindt.¹⁹¹

Zowel uit de parlementaire toelichting bij het voorgestelde art. 3.3 Wet IB 2001 en het voorgestelde art. 10, lid 1, onderdeel d, als uit het rapport Verbreding en verlichting blijkt dat de invoering van hybride leningregelgeving voor een belangrijk deel is ingegeven door de lage belastingheffing over hybride geldverstrekkingen door participieren.¹⁹² De oorspronkelijke voorgestelde regeling was met name in het leven geroepen om te voorkomen dat particuliere beleggers na de invoering van de Wet IB 2001 in groten getale zouden participeren in hybride financieringsinstrumenten en niet om (internationale) tax planning structuren te bestrijden.¹⁹³ Wel ademde het

189. Reactie staatssecretaris van Financiën van 24 mei 2006 op advies van de Raad van State op het wetsvoorstel werken aan winst, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 14.

190. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 19.

191. De commissie-Van Rooy noemt de volgende twee randvoorwaarden:
– bancaire producten of transacties die niet fiscaal zijn geïndiceerd dienen zoveel mogelijk ongemoeid gelaten te worden; en
– het Nederlandse bedrijfsleven moet internationaal niet uit de pas gaan lopen.
Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 31.

192. Zie voor een beknopt overzicht van deze bepalingen paragraaf 4.2.2.

193. Vergelijk Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief (commissie-Van Rooy), Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 31 en tevens MvT, TK, 2000-2001, 27 466, blz. 41-42.

uiteindelijke wetsvoorstel van art. 10, lid 1, onderdeel d meer de sfeer uit van wetgeving die (mede) is gericht tegen het gebruikmaken van internationale kwalificatieverschillen.¹⁹⁴ In paragraaf 4.2.2 gaf ik reeds aan dat het mij niet geheel duidelijk is waarom de wetgever in navolging van de Studiegroep Verbreding en Verlichting een probleem in de inkomstenbelasting wil oplossen in de vennootschapsbelasting. Met de NOB ben ik van mening dat een reparatie in de inkomstenbelasting veel meer voor de hand had gelegen, omdat het 'probleem' – voor zover daarvan al sprake is – voortkomt uit de wijze waarop de fiscale behandeling van de opbrengsten in de inkomstenbelasting geschiedt.¹⁹⁵

Een van mijn conclusies van dit hoofdstuk is dat, gelet op de overkill in combinatie met de ontgaansmogelijkheden en de weinig solide motivering, het sterk de aanbeveling verdient de hybride leningwetgeving (en zijn ratio) te evalueren.¹⁹⁶ Thans is de staatssecretaris kennelijk tot de conclusie gekomen dat de hybride leningwetgeving overbodig is. Zijn motivering – zie hiervoor – overtuigt mij echter geenszins. Zo acht ik het opvallend dat hij nu aangeeft de hybride leningwetgeving te willen schrappen, omdat blijkt dat deze weinig is toegepast.¹⁹⁷ Mijns inziens was het juist de bedoeling dat deze wetgeving niet of nauwelijks zou worden toegepast, en dat er een 'afschrikwekkend effect' van moest uitgaan.

Anders kan ik de navolgende passage uit de MvT namelijk niet opvatten: *'De maatregel (dat is de renteaftrekbeperking van hybride leningen, JvS) heeft dan ook vooral een preventief karakter en zal daarom in beginsel geen budgettaire opbrengst genereren'*.¹⁹⁸

Er van uitgaande dat de hybride leningwetgeving geschikt en proportioneel is voor deze preventieve taak (quod non)¹⁹⁹, acht ik het onbegrijpelijk dat de staatssecretaris deze wetgeving nu intrekt. Zijn reactie is te vergelijken met het bouwen van een hoog hek om een gevangenis, om dit vervolgens af te breken na de constatering dat er niemand probeert te ontsnappen. De hierboven aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis is in mijn ogen een drogreden, die de afschaffing van de hybride leningwetgeving niet kan dragen.

194. Overigens blijkt dit niet met zoveel woorden uit de MvT. In MvT, TK 2001-2002, 28 034, blz. 7, merkt de staatssecretaris namelijk op: *'De Studiegroep (...) heeft in haar rapport aangegeven dat een nadere wettelijke invulling van deze criteria kan voorkomen dat louter fiscaal gedreven producten worden benut of ontwikkeld op het grensvlak van eigen en vreemd vermogen'*. Wel valt dit mijns inziens af te leiden aan de wijze waarop hybride leningen in de deelnemingsvrijstelling worden betrokken, zie art. 13, lid 3, onderdeel b.

195. Brief van 6 november 2000 aan de Vaste Commissie voor Financiën van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

196. Indien daaruit zou blijken dat hybride leningwetgeving noodzakelijk is, dan dient de huidige wetgeving op bepaalde punten te worden aangepast.

197. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 19.

198. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 25.

199. Het is mijns inziens zeer de vraag of art. 10, lid 1, onderdeel d geschikt en proportioneel is, vergelijk paragraaf 4.9.

De tweede reden van de staatssecretaris voor het schrappen van de hybride leningwetgeving – de destijds geformuleerde randvoorwaarden leggen beperkingen op aan de toepassing van die bepaling – spreekt mij meer aan.²⁰⁰ Onduidelijk blijft evenwel waar deze beperkingen uit bestaan en of deze niet op een andere manier zouden kunnen worden opgelost. Ten aanzien van het argument dat uit vooroverleg tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst blijkt dat de praktijk de toepassing gecompliceerd vindt, merk ik op dat ik van mening ben dat het vanuit het oogpunt van efficiëntie de voorkeur verdient dat bepalingen zo eenvoudig mogelijk zijn. In het verleden is de complexiteit van bepalingen echter niet of nauwelijks een criterium geweest voor het antwoord op de vraag of een bepaling zou moeten worden ingevoerd. Bovendien kent het wetsvoorstel 'Werken aan winst' ook nog andere bepalingen die de nodige complexiteit niet kan worden ontzegd.²⁰¹ Met het voorgaande pleit ik overigens niet zozeer voor het behouden van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s., maar voor een fundamentele herbezinning op dit artikel en een afweging op juiste gronden. Ik onderschrijf dus wel de afschaffing van deze bepaling als zodanig.

4.10.3 *Terug naar jurisprudentie deelnemerschapsleningen*

Op verschillende plaatsen in de MvT wordt genoemd dat met de aanpassing in art. 10, lid 1, onderdeel d en het intrekken van de leden 2, 3 en 4 weer wordt teruggeval- len op het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen aan de hand van de crite- ria die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld.²⁰² Met het in stand laten van art. 10, lid 1, onderdeel d beoogt de staatssecretaris zeker te stellen dat de jurisprudentie over de deelnemerschapslening zijn gelding blijft houden.²⁰³ Mijns inziens is het in stand laten van art. 10, lid 1, onderdeel d onnodig en wordt het terugvallen op de jurispru- dentie inzake deelnemerschapsleningen wettelijk op onjuiste wijze vormgegeven. Er dient namelijk een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen een deelnemer- schapslening en een hybride lening ex (het huidige) art. 10, lid 1, onderdeel d.

Kort samengevat moet een deelnemerschapslening in aandeelhoudersrelaties fis- caalrechtelijk worden gezien als kapitaal.²⁰⁴ Aan de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d wordt alsdan niet toegekomen. Een hybride lening kwalificeert daaren- tegen als een lening.²⁰⁵ Het intrekken van de toepassingcriteria van een hybride lening (art. 10, lid 2, 3 en 4) doet daaraan niet af. Hiermee verwordt art. 10, lid 1, onderdeel d mijns inziens tot een loze bepaling. Art. 10, lid 2 gaf via art. 10, lid 1, onderdeel d, tweede volzin namelijk aan wat moest worden verstaan onder een geldlening die *'feitelijk functioneert als eigen vermogen'*. Een deelnemerschapslening is geen geldlening die als zodanig functioneert, maar moet fiscaal worden be-

200. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 19.

201. Ter illustratie wijs ik op het feit dat onder het voorgestelde art. 10a eerder een verband wordt aangenomen tussen de besmette transactie en de schuld, waarmee HR 17 juni 2005, BNB 2005/ 304 wordt overruled en op het voorgestelde art. 23c inzake de deelnemingsverrekening.

202. Vergelijk MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 19 en 56.

203. Vergelijk MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 47 en in gelijke zin blz. 56.

204. Voor mijn argumentatie verwijs ik naar paragraaf 5.2.2.2.

205. Voor mijn argumentatie verwijs ik naar paragraaf 5.3.1.

schouwd als eigen vermogen. Het argument dat 'geldlening' in de zin van art. 10, lid 1, onderdeel d moet worden gelezen als 'civielrechtelijke geldlening' en dat de deelnemerschapslening feitelijk functioneert als eigen vermogen overtuigt mij niet. In dit verband wijs ik op de door de Hoge Raad gebruikte bewoordingen in HR 11 maart 1998, BNB 1998/208:

'Voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking door een schuldeiser aan een ondernemer als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt uitzondering, indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deelheeft in de onderneming van de schuldenaar'.

Er is bij een deelnemerschapslening geen sprake van een civielrechtelijke lening die feitelijk functioneert als eigen vermogen maar van een civielrechtelijke lening die fiscaalrechtelijk als kapitaalverstrekking heeft te gelden. Dit is mijns inziens iets wezenlijk anders. De herkwalficatie verloopt derhalve via de jurisprudentie en niet via art. 10, lid 1, onderdeel d (wv).²⁰⁶ Indien de lezing van de staatssecretaris – zoals weergegeven in de MvT – juist zou zijn, dat het in art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) een lening betreft die feitelijk functioneert als eigen vermogen (quod non), dan dient de bodemlozeputlening daaronder ook te worden verstaan. Ik meen dat ook in zo'n situatie sprake is van een geldlening die onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige. Een onafhankelijke derde zou immers (normaliter) niet een lening zijn aangegaan, waarvan reeds aanstonds duidelijk is dat deze niet zal worden terugbetaald zonder in de voorwaarden garanties o.i.d. op te nemen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de staatssecretaris een bodemlozeputlening niet onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) wenst te brengen.²⁰⁷

In de MvT bij het wetsvoorstel 'Werken aan winst' maakt de staatssecretaris dezelfde structuurfout als in de parlementaire geschiedenis van art. 10d.

*Aldaar merkte de wetgever het volgende op: 'Indien echter een dergelijke geldlening ook zonder de toepassing van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, als eigen vermogen zou worden aangemerkt, wordt deze voor de toepassing van de thincap-maatregel wel tot het eigen vermogen gerekend'.*²⁰⁸

In paragraaf 7.4.3.2 geef ik aan dat ik de woordkeuze van de wetgever ongelukkig acht. Indien er namelijk sprake is van een deelnemerschapslening, komt toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d niet meer aan de orde. Ingevolge BNB 1988/217 is er dan

206. In gelijke zin Pancham S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774, Kok, Q.W.J.C.H.; Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88 en Molenaars, M.L.; De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071.

207. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 44.

208. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

namelijk geen sprake van een geldlening (waaraan art. 10, lid 1, onderdeel d refereert) maar van (informeel) kapitaal.

Het intrekken van de volledige hybride leningwetgeving (dus inclusief art. 10, lid 1, onderdeel d) betekent derhalve niet dat de jurisprudentie inzake deelnemerschapsleningen niet langer gelding heeft. Deze jurisprudentie en de hybride leningwetgeving zijn namelijk twee los van elkaar staande grootheden. Handhaving van art. 10, lid 1, onderdeel d, eerste volzin is daarom noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor het in stand laten van de jurisprudentie inzake deelnemerschapsleningen. Indien de staatssecretaris het wenselijk acht de deelnemerschapsjurisprudentie te codificeren, is hij hier met het voorliggende wetsvoorstel niet in geslaagd.²⁰⁹ Codificatie zou desgewenst kunnen plaatsvinden door:

- wettelijk op te nemen wat moet worden verstaan onder een deelnemerschapslening. Hierbij kan desgewenst worden aangesloten bij de in HR 25 november 2005, BNB 2006/82 geformuleerde criteria;²¹⁰
- wettelijk op te nemen wat de fiscale consequenties zijn voor de debiteur van een deelnemerschapslening, zoals de beperking van renteaftrek;
- wettelijk op te nemen wat de fiscale consequenties zijn voor de crediteur van een deelnemerschapslening. Hierbij kan worden gedacht aan de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling (vergelijk het voorgestelde art. 13, lid 5, onderdeel b).

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid kan ik mij vinden in de codificatie van de deelnemerschapslening. Wel verdwijnt hiermee de manoeuvreerruimte van de Hoge Raad. Codificatie van de schijnlening en de bodemlozepuntlening acht ik in ieder geval ongewenst omdat de herkwalificatie van dergelijke leningen dient plaats te vinden aan de hand van een ruim en bewegend criterium, dat de rechter de ruimte biedt feitelijke situaties te beoordelen.

In de Nota navv geeft de minister desgevraagd aan dat een schijnlening en een bodemlozepuntlening niet kwalificeren als een lening in de zin van art. 10, lid 1, onderdeel d. Hoewel ik dit juist acht, overtuigt zijn redenering mij geenszins. Bovendien ben ik het oneens met zijn opvatting dat een deelnemerschapslening wel kwalificeert als een lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d.

De minister merkt onder meer het volgende op: *‘In dit geval is er sprake van een schijnhandeling, volgens het civielrechtelijke leerstuk van relatieve simulatie. Hetgeen door partijen in de vorm van een lening is gegoten, is in werkelijkheid geen lening maar een kapitaalverstrekking, die ook naar burgerlijk recht als zodanig moet worden gekwalificeerd. De civielrechtelijke (her)kwalificatie wordt voor de toepassing van het fiscale recht gevolgd. Omdat een dergelijke schijnlening*

209. De wenselijkheid tot codificatie zou mede kunnen liggen in het vergroten van de rechtszekerheid ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, zie nog hierna mijn commentaar op het voorgestelde art. 13, lid 5 onderdeel b. Voor een deelnemerschapslening verstrekt door een moeder aan een deelneming is codificatie niet (meer) nodig, getuige BNB 2006/82.

210. In BNB 2006/82 geeft de Hoge Raad een nadere invulling aan de in BNB 1998/208 geformuleerde eisen voor de kwalificatie van een geldverstrekking als deelnemerschapslening.

ook naar burgerlijk recht geen lening is, kan van aftrek van rente geen sprake zijn en komt toepassing van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, derhalve niet aan de orde.²¹¹

Zoals ik in paragraaf 3.2.2 aangaf acht ik het verdedigbaar en waarschijnlijk dat de 'civielrechtelijke vorm' zoals geformuleerd in BNB 1988/217 moet worden begrepen als de 'civielrechtelijke presentatie'. De uitleg zoals de minister die voorstaat, leidt ertoe dat de lening op grond van het civiele recht moet worden geherkwalificeerd tot kapitaal, zodat er al op grond van de hoofdregel geen lening meer bestaat. De uitzondering 'schijn' kan zich dan nooit voordoen. Daarenboven geeft de minister geen reden(en) aan waarom een deelnemerschapslening onder art. 10, lid 1, onderdeel d zou vallen. Hij deelt dit slechts simpelweg mee.

'Deze regel leidt volgens de Hoge Raad in drie gevallen uitzondering:

(...) 2. "indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar".

Dit is een hybride lening als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d'.²¹²

Ik blijf daarom van mening dat de (overbodige) codificatie van de deelnemerschapslening niet is geslaagd.

Winstafhankelijkheid

Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige art. 10, lid 1, onderdeel d heeft de wetgever aangegeven dat ook materiële winstafhankelijkheid kan kwalificeren als winstafhankelijkheid ex art. 10, lid 2 (zie paragraaf 4.4.2). Volgens de minister blijft dit het geval na de voorgestelde 'terugkeer' naar de jurisprudentiële criteria voor de kwalificatie van een deelnemerschapslening.

'In het weergegeven citaat liet de toenmalige staatssecretaris zich uit over de vraag wanneer sprake is van winstafhankelijkheid. Dat antwoord verliest zijn geldigheid niet als gevolg van het terugvallen op criteria uit de jurisprudentie waarbij winstafhankelijkheid eveneens van belang is'.²¹³

Ik acht deze opmerking van de minister onjuist. De staatssecretaris heeft zich namelijk uitgelaten over de wettelijke invulling van het begrip 'winstafhankelijkheid' voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d en lid 2. Over de invulling van begrippen in de jurisprudentie hebben de minister en de staatssecretaris echter niets te zeggen, tenzij ze de jurisprudentie overrulen met wetgeving of de jurisprudentie codificeren. Nu de voorwaarden van een deelnemerschapslening niet worden gecodificeerd, komt aan het antwoord van de staatssecretaris geen betekenis meer toe. Overigens betekent dit niet dat materiële winstafhankelijkheid per definitie niet kan kwalificeren als winstafhankelijkheid voor toepassing van BNB 1998/208. Dit oordeel is na-

211. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 44.

212. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 44.

213. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 79.

melijk aan de Hoge Raad, die zich hierover – voor zover mij bekend – (nog) niet heeft uitgelaten.

Geen overgangsrecht

De voorgestelde wijziging van art. 10, lid 1, onderdeel d heeft directe werking. Dit betekent onder meer dat leningen die thans worden geacht te functioneren als eigen vermogen en niet kwalificeren als deelnemerschapslening, bij de crediteur na de wijziging niet meer kunnen kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, ook al houdt de crediteur daarnaast een kwalificerend aandelenbelang in de debiteur. Ondanks de betrekkelijk recente totstandkoming van art. 10, lid 1, onderdeel d, en de mate waarin daarmee werd afgeweken van de jurisprudentie, wenst de minister geen overgangsregeling te treffen voor bestaande hybride leningen.²¹⁴ Anders dan de wetgever ben ik van mening dat er wel wat valt te zeggen voor een overgangsregeling, mits op het niveau van de debiteur (indien deze in Nederland is gevestigd) ook de tot 1 januari 2007 geldende wetgeving van kracht blijft.²¹⁵

4.10.4 Invoering aftrekbeperking onzakelijke rente

Op het eerste gezicht wekt het verbazing, dat de staatssecretaris het meest omstreden onderdeel van de hybride leningwetgeving – te weten art. 10, lid 4 – thans min of meer heeft opgenomen in het voorgestelde art. 10b (wv).²¹⁶ Uit de reactie van de staatssecretaris op het advies van de Raad van State blijkt echter waarom hij art. 10b (wv) voorstelt.²¹⁷ De Raad van State pleit namelijk tegen de invoering van art. 10b (wv), maar de staatssecretaris geeft aan dat hij deze maatregel handhaaft met het oog op het voorkomen van internationale kwalificatieverschillen bij langlopende leningen.²¹⁸ Mogelijk denkt hij aan structuren ex HR 17 december 2004, BNB 2005/169.^{219, 220}

214. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 80. Overigens vindt art. 10b (wv) geen toepassing indien sprake is van een onzakelijk hoge beloning.

215. Vergelijk Schuiver-Bravenboer, M.; Werken aan overgangsrecht: zuivere winst, WFR 2006/988.

216. Voor kritiek op art. 10, lid 4 verwijs ik naar paragraaf 4.6 en paragraaf 4.9.3.3 en de daar aangehaalde literatuur.

217. Reactie staatssecretaris van Financiën van 24 mei 2006 op advies van de Raad van State op het wetsvoorstel werken aan winst, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 14.

218. Deze verdediging werd overigens niet aangevoerd voor het huidige art. 10, lid 4. In gelijke zin Molenaars, M.L.; De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071.

219. Zie paragraaf 6.9.1.

220. Zie voor kritiek op art. 10b (wv) Pancham S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774, Kok, Q.W.J.C.H.; Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88, Molenaars, M.L.; De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071, Heithuis, E.J.W.; Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!, NTFR2006/1236 en Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064.

In BNB 2005/169 betrof het (kort samengevat) een externe acquisitie, die was gefinancierd met een renteloze lening van een Ierse gelieerde partij. Omdat Ierland een kasstelsel kent, wordt de bij de crediteur geen rentebate in aanmerking genomen, terwijl de Nederlandse debiteur wel een rentelast imputeert.

Opgemerkt zij evenwel dat in een dergelijke casus in beginsel art. 10a (wv) van toepassing is. Dit betekent bijvoorbeeld dat toepassing van art. 10b (wv) aan de orde kan komen, nadat art. 10a (wv) is gepasseerd door het leveren van tegenbewijs. Overigens kan art. 10b ook in zuiver binnenlandse situaties toepassing vinden. Dit geldt zelfs wanneer de crediteur effectief belasting betaalt over de door hem geïmputeerde rentebaten. Anders dan de staatssecretaris, zie ik niet in waarom art. 10b (wv) in dergelijke situaties rente in aftrek zou moeten beperken.

Art. 10b (wv) raakt ook leningen waarvan de looptijd niet vaststaat; bijvoorbeeld rekening-courantschulden. Naar de letter van de wet kunnen rekening-courantschulden waarop geen rente wordt vergoed kwalificeren als hybride lening ingevolge art. 10, lid 4. Kenmerkend voor een rekening-courant is namelijk dat hierop normaliter geen vaste looptijd is afgesproken. Desalniettemin acht ik een renteloze rekening-courant geen financieringsinstrument dat zich bevindt op het snijvlak tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, zodat ik beperking van renteaftrek niet wenselijk acht. Dit brengt economisch namelijk dubbele heffing met zich, indien de fictieve rentebaten in de heffing worden betrokken bij de (binnenlandse) schuldeiser.²²¹

Uit het voorgaande blijkt dat art. 10b (wv) – evenals zijn voorganger art. 10, lid 4 – met de nodige overkill gepaard gaat. Deze overkill wordt niet gemitigeerd door een tegenbewijsregeling voor de debiteur (bijvoorbeeld een tegenbewijsregeling ex art. 10a, lid 3, onderdeel b) of (in binnenlandse situaties) door toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het niveau van de crediteur. Tijdens de parlementaire behandeling van de hybride leningwetgeving liet de wetgever weten, dat in nationale situaties van dubbele heffing ingevolge art. 10, lid 4 met toepassing van de hardheidsclausule naar een oplossing zal worden gezocht.²²² In internationale situaties biedt een onderlinge overlegprocedure mogelijk uitkomst.²²³ Indien de staatssecretaris niet overgaat tot een fundamentele herbezinning op art. 10b (wv), dient deze bepaling te worden uitgebreid met een tegenbewijsregeling (bijvoorbeeld een compenserende heffingstoets) of met een andere wettelijke verankering van de hiervoor aangehaalde toezeggingen.²²⁴ Uit de Nota navv blijkt echter duidelijk dat de minister niet bereid is om een tegenbewijsregeling in te voeren.

221. Zie paragraaf 4.4.9 waarin ik inga op de toepasselijkheid van art. 10, lid 4 op rekening-courantschulden.

222. Nota navv, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 25-26.

223. Zie MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 39 en blz. 42.

224. Vergelijk Kok, Q.W.J.C.H.; Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88 en Molenaars, M.L.; De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071.

'Indien dergelijke leningen echter niet voldoen aan deze criteria voor een hybride lening, sluit artikel 10b de aftrek van rente uit en is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. Onder de huidige regeling is dat niet anders. De door de leden van de fractie van het CDA bedoelde mismatches kunnen overigens in de praktijk voorkomen worden door over de lening een normale, zakelijke rente in rekening te brengen. Het ligt dus niet voor hand om daarvoor een complicerende tegenbewijsregeling in het leven te roepen'.²²⁵

De minister wijst expliciet naar de huidige regeling. Het lijkt daarom logisch, dat de voor de huidige regeling gedane toezeggingen ook gelden voor de nieuwe regeling. Deze toezegging wordt door de minister herhaald.²²⁶ Overigens kan de verwijzing naar de bestaande onrechtvaardige en zwaar bekritiseerde regeling niet dienen als vergoelijking van de voorgestelde onrechtvaardige regeling.²²⁷ Onrecht dient mijns inziens te worden opgeheven en niet te worden gecontinueerd slechts omdat er in het verleden onrecht bestond.

De volgende opmerking van de minister acht ik opvallend.

'Indien een langlopende renteloze of zeer laagrentende lening voldoet aan de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor een hybride lening, komt krachtens artikel 10, eerste lid, onderdeel d, geen rente in aftrek en geldt krachtens het nieuwe artikel 13 de deelnemingsvrijstelling'.

Volgens mij is de situatie die de minister schetst niet mogelijk. Indien een lening renteloos is, is de rente per definitie niet winstafhankelijk. Immers de rente is nihil ongeacht de hoogte van de winst. Een dergelijke lening kan daarom nooit kwalificeren als een deelnemerschapslening ex BNB 1998/208. De minister is echter duidelijk een andere mening toegedaan. Deze verdient mijns inziens nadere toelichting, gelet op het belang van deze kwestie.

Zoals inmiddels bekend, is art. 10b (wv) gericht tegen het inspelen op internationale kwalificatieverschillen. Het is echter de vraag in hoeverre dit artikel hierin slaagt. Onder een internationaal kwalificatieverschil versta ik bijvoorbeeld de situatie waarin Nederland een geldverstrekking aanmerkt als eigen vermogen, en het buitenland haar aanmerkt als vreemd vermogen. Er treedt dan mogelijk een heffingsvacuüm op. In dit verband wijs ik op HR 25 november 2005, BNB 2006/82. Art. 10b lijkt evenwel eerder gekant tegen situaties waarin Nederland een aftrek verleent voor een fictieve rentelast, terwijl het buitenland geen rentebate in aanmerking neemt, bijvoorbeeld omdat een kasstelsel wordt gehanteerd (HR 17 december 2004,

225. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 83-84.

226. 'Tijdens de parlementaire behandeling bij de introductie van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb, is echter aangegeven dat de bereidheid bestaat om in deelnemingsverhoudingen met behulp van de hardheidsclausule een oplossing te zoeken, mocht die heffing zich in de praktijk inderdaad voordoen', Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 84.

227. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064.

BNB 2005/169). In dit arrest is mijns inziens evenwel geen sprake van een kwalificatieverschil, maar van een dispariteit tussen belastingstelsels.²²⁸

4.11 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de per 1 januari 2002 ingevoerde hybride leningwetgeving. Deze wetgeving is opgenomen in art. 10, lid 1, onderdeel d en de leden 2, 3 en 4, en houdt kort samengevat in dat rente ter zake van een hybride lening niet langer aftrekbaar is ten laste van de winst van de debiteur. Hierbij zijn hybride leningen geldverstrekkingen die, in ieder geval volgens de wetgever, op het grensgebied van eigen vermogen en vreemd vermogen zitten. Om te beoordelen of een geldverstrekking kwalificeert als hybride lening zijn vooral de winstafhankelijkheid van de vergoeding en de looptijd van belang. Indien een lening bijvoorbeeld een looptijd heeft van meer dan tien jaar en tevens een winstafhankelijke vergoeding kent, dan is de lening hybride en kan de debiteur de betaalde rente niet ten laste van haar winst brengen.

Art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. lijkt op het eerste gezicht de codificatie van BNB 1998/208 (deelnemerschapslening). De hybride leningwetgeving gaat echter verder dan de jurisprudentie betreffende deelnemerschapsleningen. De toepassingscriteria voor de aanwezigheid van een deelnemerschapslening zijn aanmerkelijk strenger dan die voor een hybride lening. Wel is de Hoge Raad de wetgever enigszins genaderd in BNB 2006/82. Voorts kwalificeert een hybride lening niet als eigen vermogen en een deelnemerschapslening wel. Verder kunnen ook leningen waarop geen vergoeding of een onzakelijke vergoeding wordt overeengekomen onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen.

In dit hoofdstuk heb ik art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. onderzocht. Een van mijn bevindingen is dat de motivering voor de invoering van de hybride leningwetgeving niet sterk is. Verder heb ik verschillende kritiekpunten geformuleerd ten aanzien van de technische invulling van de wetgeving. Zo wordt onvoldoende gemotiveerd een groot gewicht toegekend aan de winstafhankelijkheid van een vergoeding, terwijl ook andere kenmerken zoals zeggenschap, looptijd en achterstelling van belang zijn.

Bij bestudering van de hybride leningwetgeving valt op dat er het nodige valt aan te merken op (het gebrek aan) de invulling van de verschillende begrippen en de techniek van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. Zonder volledigheid te pretenderen noem ik hier de invulling van de begrippen (feitelijke) winstafhankelijkheid, marktrente en het antwoord op de vraag hoe om te gaan met commodity linked bonds, perpetuele leningen en leningen met een winstafhankelijke aflossing. Verder wijs ik op de behandeling van renteloze leningen en leningen met een onzakelijke vergoeding. Tevens valt de inconsequente benadering op ten aanzien van de fiscale gevolgen van

228. Verder wijst Heithuis er terecht op dat structuren met renteloze leningen mogelijk blijven, mits de lening een vaste looptijd heeft van tien jaar of minder, Heithuis, E.J.W.; Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!, NTFR2006/1236.

het aanpassen van leningsvoorwaarden. Voorts wijs ik op art. 10, lid 2, onderdeel c, waarvan het de vraag is of deze bepaling niet overbodig is, aangezien een lening waarvan de verschuldigdheid van de rente (niet-cumulatief) afhankelijk is van de winst wellicht kan worden aangemerkt als winstafhankelijk. Ten slotte wijs ik er op dat art. 10, lid 2 al na een jaar is aangepast. Hetzelfde geldt voor het overgangsrecht evenals de pendant van de hybride leningwetgeving in de deelnemingsvrijstelling.

Met de invoering van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. lijkt de wetgever voor een belangrijk deel te zijn geslaagd in zijn opzet; het voorkomen van het ontwikkelen van hybride beleggingsvormen voor particuliere beleggers en het bemoeilijken van het inspielen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen. Wel ben ik van mening dat dit resultaat gepaard gaat met overkill. Voorts lijkt het – met name voor grotere internationale concerns – mogelijk om onder de hybride leningwetgeving vandaan te blijven. Dit kan worden vormgegeven door geen winstafhankelijke (of renteloze) leningen binnen het concern af te sluiten voor een periode van meer dan tien jaar, maar te zorgen voor een roulatie van de leningen. Dit houdt in dat de lening na ommekeer van tien jaar wordt afgelost, en vervolgens een nieuwe lening wordt aangegaan bij – bij voorkeur – een andere crediteur.²²⁹ Tegen een dergelijke handelwijze zal de fiscus normaliter weinig kunnen inbrengen.

Gezien de overkill in art. 10, lid 1, onderdeel d in combinatie met de ontgaansmogelijkheden en de weinig solide motivering verdient het mijns inziens aanbeveling deze wetgeving (en zijn ratio) te evalueren. Luidt de conclusie dat dergelijke wetgeving onontbeerlijk is, dan dient de huidige wetgeving op verschillende fronten te worden aangepast. Allereerst zou hierbij moeten worden gekeken naar de prominente rol van de winstafhankelijkheid van de vergoeding. Een meer evenwichtig systeem, waarbij tevens wordt gekeken naar andere relevante factoren zoals de looptijd, achterstelling en zeggenschap, lijkt mij beter aan te sluiten bij de (bedrijfseconomische en civielrechtelijke) werkelijkheid. Voorts verdient het de aanbeveling om art. 10, lid 4 te schrappen. Zou dit geen haalbare kaart zijn, dan lijkt het mij wenselijk om een tegenbewijsregeling op te nemen bij het vierde lid. Tevens valt te denken aan een meer consequente benadering ten aanzien van het wijzigen van leningsvoorwaarden. Ten slotte lijkt het mij uit rechtszekerheidsoogpunt aanbevelenswaardig om bepaalde begrippen waar nu nog verwarring over bestaat nader te duiden, bijvoorbeeld het begrip materiële winstafhankelijkheid.

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt voorgesteld om de hybride leningwetgeving in te trekken. Dit voorstel onderschrijf ik, maar de door de staatssecretaris gegeven motivering overtuigt mij niet. Anders dan de staatssecretaris ben ik verder van mening dat het niet nodig is om de deelnemerschapslening te codificeren. Bovendien vind ik dat de staatssecretaris niet is geslaagd in de codificatie. Voorts heb ik kritiek op het handhaven van art. 10, lid 4 (in art. 10b (wv)). Hoewel het de voorkeur

229. Overigens lijkt ook novatie bij dezelfde crediteur effect te sorteren, in de zin dat art. 10, lid 1, onderdeel d niet van toepassing is.

verdient om art. 10, lid 4 te schrappen, dient deze bepaling bij continuering in ieder geval te worden voorzien van een tegenbewijsregeling.

Tot slot merk ik op dat dit hoofdstuk voornamelijk een technisch onderzoek is van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. Hierbij zijn onder meer verschillende onvolkomenheden aan het licht gekomen. In hoofdstuk 8 kom ik toe aan een meer fundamentele beschouwing van de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen, vanzelfsprekend met inachtneming van het commentaar in dit hoofdstuk. Overigens wordt een dergelijke fundamentele herbezinning niet aangetroffen in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'.

HOOFDSTUK 5

De secundaire toets bij de jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen

5.1 Inleiding

In de hoofdstukken 3 en 4 ben ik uitgebreid ingegaan op jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen (hoofdstuk 3) en hybride leningen (hoofdstuk 4). In deze hoofdstukken heb ik de desbetreffende jurisprudentie en wetgeving geanalyseerd en de in hoofdstuk 1 beschreven primaire toets uitgevoerd. In dit hoofdstuk houd ik mij bezig met het uitvoeren van de secundaire toets. De verschillende renteaftrekbeperking kunnen namelijk hun uitwerking hebben op andere regelingen en belastingen. Voorts bestaat de mogelijkheid dat aftrekbeperkingen doorwerken naar internationale belastingverdragen of interfereren met EU-recht. Het in hoofdstuk 1 beschreven doel van dit onderzoek is te komen tot een welgefundeerde oplossing/afweging voor een evenwichtig stelsel van de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Hiervoor is het niet voldoende om alleen de primaire toets uit te voeren. Daarom ga ik in dit hoofdstuk kort in op de uitwerking van de besproken renteaftrekbeperkingen op:

1. de deelnemingsvrijstelling (paragraaf 5.2 en 5.3);
2. de dividendbelasting (paragraaf 5.4 en 5.5);
3. de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting (paragraaf 5.6); en
4. EU-recht (paragraaf 5.7).¹

In paragraaf 5.8 ga ik in op de door de staatssecretaris in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' voorgestelde wijzigingen ten aanzien de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling op deelnemerschapsleningen. Ik sluit dit hoofdstuk af in paragraaf 5.9 af met een samenvatting en conclusie.

1. Hybride leningen kunnen ook hun repercussies hebben op andere bepalingen in de vennootschapsbelasting. Sommige daarvan zijn bedoeld en andere niet. Bij bedoelde interactie valt te denken aan de uitbreiding van art. 10a, art. 15ad, art. 13c, de gevolgen van het verstrekken van een hybride lening voor het opgeofferde bedrag, art. 13d, lid 2, onderdeel d en art. 15ac. Ten slotte wijs ik op art. 10d, waarin de wetgever er bewust voor kiest om art. 10, lid 1, onderdeel d →

5.2 Uitzonderingen van BNB 1988/217 en deelnemingsvrijstelling

5.2.1 Deelnemerschapslening

5.2.1.1 Inleiding

Ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b² kunnen hybride leningen per 1 januari 2002 onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Eén van de voorwaarden is evenwel dat de crediteur reeds een deelneming in de debiteur heeft.³ Tot HR 25 november 2005, BNB 2006/82 stond niet vast of een deelnemerschapslening (in combinatie met een kwalificerend aandelenbelang) de deelneming deelachtig was, dan wel dat per 1 januari 2002 art. 13, lid 3 toepassing zou moeten vinden. In BNB 2006/82 heeft de Hoge Raad – voor zover mij bekend – zich voor het eerst bevestigend uitgelaten over de vraag of een deelnemerschapslening onder de deelnemingsvrijstelling valt.

Dienaangaande overwoog de Hoge Raad namelijk kort en bondig: *'De onderhavige prêt participatif is een deelnemerschapslening in de zin van het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208. Onder de voordelen uit hoofde van een deelneming in de zin van artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 vallen ook voordelen als de onderhavige'.*

Daarmee bestaat op dit punt thans duidelijkheid. Tot BNB 2006/82 ontbrak deze duidelijkheid omdat – mede gelet op het feit dat een derde strikt genomen ook een deelnemerschapslening kon verstrekken – niet volledig duidelijk was of een deelnemerschapslening kwalificeerde als informeel kapitaal. Overigens valt uit de overwegingen van de Hoge Raad in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, HR 28 juni 1995, BNB 1995/271 en HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 reeds te verdedigen dat als leningen in wezen vermomde (informele) stortingen zijn, de deelnemingsvrijstelling op deze 'leningen' van toepassing is, en dat een deelnemerschapslening in aandeelhoudersrelaties moet worden behandeld als informeel kapitaal. Hierna ga ik op deze materie nader in, met name op de stand van de jurisprudentie en literatuur voor BNB 2006/82.

- slechts ten dele te laten doorwerken. Een beschouwing van deze en andere samenlooperikelen valt buiten het bestek van dit onderzoek. Hiertoe verwijs ik naar Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117, van Eijdsen, J.A.R.; Enkele gevolgen van het gelijkschakelen van een hybride schuldvordering met een deelneming, WFR 2002/170, Bobeldijk, A.C.P.; Over hybride vorderingen en de samenloop met de deelnemingsvrijstelling – ook na de derde Veegwet is de wetgever nog niet uitgeveegd, MBB 2002/309, Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Samenloop fiscale eenheid en hybride leningen, WFR 2003/1117, Bobeldijk, A.C.P.; De samenloop van de regelingen voor de juridische fusie en de hybride leningen, WFR 2003/1475 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, o.a. blz. 166, 197-199 en blz. 205.
2. Indien hierna wordt gerefereerd aan een artikel wordt bedoeld op een artikel van de Wet Vpb 1969, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald.
 3. Hierna komt de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van hybride leningen nog nader aan de orde.

Hoewel de vraag of een deelnemerschapslening kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling na de invoering van art. 13, lid 3, onderdeel b aan betekenis heeft ingeboet, blijft deze kwestie toch ook na de invoering van de hybride leningwetgeving relevant.⁴ Zo is art. 13, lid 3, onderdeel b bijvoorbeeld niet van toepassing, indien de lening bij de debiteur kort samengevat geen 10-1-d-lening vormt. Voor de deelnemerschapslening is het voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet van belang hoe deze geldverstrekking op het niveau van de debiteur wordt behandeld, vergelijk BNB 2006/82. Verder vallen voor 1 januari 2002 reeds bestaande deelnemerschapsleningen onder de in hoofdstuk 4 behandelde overgangsregeling. Ook voor andere bepalingen in de vennootschapsbelasting – bijvoorbeeld art. 10d – blijft deze kwalificatievraag namelijk van belang.

5.2.1.2 Kwalificeert een deelnemerschapslening als (informeel) kapitaal?

Fortuin ziet evenals Jimmink de deelnemerschapslening als een tussenvorm tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.⁵ De deelnemingsvrijstelling achten zij hierop niet van toepassing.⁶ Sillevis en De Vries zijn van mening dat de kwalificatie van de deelnemerschapslening afhangt van de hoedanigheid van de verstrekker van de deelnemerschapslening.⁷ Wanneer de verstrekker van de deelnemerschapslening geen aandeelhouder is in formele zin, oordelen zij dat de deelnemerschapslening de kwalificatie van lening behoudt. Indien er naast de deelnemerschapslening tevens een formele aandeelhoudersrelatie bestaat tussen de crediteur en de debiteur, zijn zij van mening dat de door een aandeelhouder aan haar deelneming verstrekte deelnemerschapslening samen met de deelneming onder de deelnemingsvrijstelling valt, aangezien de deelnemerschapslening voor toepassing van art. 13 als een informele kapitaalverstrekking heeft te gelden. Zij baseren zich hierbij op HR 28 juni

4. Ik merk wel op dat een deelnemerschapslening (in combinatie met een kwalificerend aandelenbelang) naar mijn mening valt onder art. 13, lid 1 en 2 en niet onder art. 13, lid 3, onderdeel b.
5. Fortuin, P.; Informeel kapitaal: deelnemingsvoordelen en (kwijscheldings)winst, WFR 1994/1646 en Jimmink A.G.; Informal investors in de vennootschapsbelasting, opgenomen in De Informal Investor: van ondernemer naar investeerder/ondernemer, Pre-adviezen nr. 14 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, IBFD Publications, Amsterdam, 1997, blz. 85-86. Beide auteurs betogen dat, omdat er geen sprake is van een informele kapitaalstorting, er een tussenvorm bestaat tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. In gelijke zin Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470. Desalniettemin zijn zij, op grond van BNB 1988/217, van mening dat de deelnemerschapslening voor de toepassing van art. 13 dient te worden aangemerkt als een kapitaalverstrekking, mits de schuldeiser voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van de schuldenaar.
6. Vergelijk ook Aardema, E.; Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen (I), WFR 1986/817. Wel pleit Aardema ervoor om, mits ook is voldaan aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, op grond van de redelijkheid de (winstafhankelijke) rente onder de deelnemingsvrijstelling te laten vallen. Hierbij merkt hij uitdrukkelijk op dat met betrekking tot de hoofdsom de lening wel een lening dient te blijven.
7. Sillevis, L.W. & De Vries, N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.10.D.

1995, BNB 1995/271.⁸ De door hen aangehangen lezing van BNB 1995/271 onderschrijf ik niet; uit BNB 1995/271 valt in elk geval niet af te leiden, dat een deelnemerschapslening een lening blijft. Uit BNB 1995/271 blijkt slechts dat een deelnemerschapslening zonder formeel aandeelhouderschap niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. In het arrest laat de Hoge Raad zich er echter niet over uit, hoe de situatie zou zijn als er wel sprake is van een aandeelhouderschap. Voor de fiscale behandeling ten aanzien van rentebaten en waardemutaties is dat mijns inziens overigens ook niet noodzakelijk. Ook in de situatie dat er wel sprake is van formeel aandeelhouderschap naast de deelnemerschapslening – en er volgens Sillevius en De Vries een herkwalficatie tot informeel kapitaal optreedt – maar de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, zullen ontvangen rentebaten voor de crediteur zijn belast terwijl waardedalingen leiden tot een aftrekbaar verlies. Hierbij is het niet van belang of de deelnemerschapslening een lening blijft of moet worden aangemerkt als (informeel) kapitaal.⁹

Een derde stroming in de literatuur ziet de verstrekking van een deelnemerschapslening als een kapitaalverstrekking. Zo menen Verseput en Bartel, evenals Haberham, dat er bij deelnemerschapsleningen sprake is van informeel kapitaal.¹⁰ Ook Van der Geld is na BNB 1998/208 deze mening toegedaan.¹¹ Ten slotte beschouwen ook Bruins Slot en Arts de deelnemerschapslening als kapitaal.¹²

Ik meen dat een deelnemerschapslening in aandeelhoudersrelaties fiscaalrechtelijk moet worden gezien als kapitaal.

In BNB 1988/217 overwoog de Hoge Raad namelijk: *'Bij zijn bestreden uitspraak heeft het Hof terecht vooropgesteld dat ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen. Deze regel lijdt naar 's Hofs oordeel slechts in twee gevallen uitzondering, (...) Van deze regel is ook uitgezonderd (...)'.*

8. In gelijke zin Bouwman, J.N. & de Jong, M.G.; Wegwijs in de Vennootschapsbelasting, Sdu Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 147-150.
9. Voor toepassing van art. 10d is dit mogelijk anders. Hier ga ik hoofdstuk 7 nader op in.
10. Verseput, J.G.; De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale Brochures, Fed, Deventer, 1987, blz. 33, Bartel, J.C.K.W.; Dividend of iets anders, MBB 1991, nr. 11/12 en Haberham, A.M, Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 136-142 en 202-236.
11. Van der Geld, J.A.G.; De grens tussen eigen en vreemd vermogen duidelijker getrokken, TFO 1999/42. Hiermee komt hij terug op zijn stelling dat een deelnemerschapslening besmet vreemd vermogen is, Van der Geld, J.A.G.; De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 242 en 275.
12. Bruins Slot, W.; De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal, WFR 1996/1625 en Arts, J.H.M., Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande, Lelystad, 1997, blz. 159-160 en 181-182.

Uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat voor toepassing van art. 13, een deelnemerschapslening van een moedervennootschap aan een dochtervennootschap fiscaal kan worden gezien als een kapitaalverstrekking. Verder wijs ik nog op de overwegingen van het Hof 's-Gravenhage in aanloop naar HR 5 september 1990, BNB 1990/303.

'Na evengenoemde datum was A BV mitsdien geen aandeelhoudster meer van belanghebbende. Het Hof kan belanghebbende niet volgen in haar stelling dat A BV na 13 juni 1983 nog "in zekere mate" deel had in de onderneming van belanghebbende. Informele kapitaalverschaffing is slechts denkbaar in combinatie met formeel aandeelhouderschap'. Verder overwoog het Hof: 'De schuld van belanghebbende aan A BV kan zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk niet anders gezien worden dan als een reële schuld wegens ter leen verstrekte gelden zoals overeengekomen in artikel 2, lid 1, van de vorenbedoelde overeenkomst'.

In deze zaak kwam voor de Hoge Raad helaas niet aan orde, of – zoals het Hof 's-Gravenhage meende – een informele kapitaalverstrekking inderdaad slechts mogelijk is, in combinatie met formeel aandeelhouderschap.¹³ De Hoge Raad bevestigde de uitspraak van het Hof namelijk op grond van het feitelijke oordeel van het Hof dat sprake was van een reële schuld en dat het karakter van een reële schuld onverenigbaar is met dat van informeel kapitaal.¹⁴

Ten slotte destilleer ik uit BNB 1998/208 een aanwijzing dat de Hoge Raad meent dat een deelnemerschapslening in zijn algemeenheid dient te worden beschouwd als een kapitaalverstrekking.¹⁵

In dat arrest overwoog de Hoge Raad namelijk: *'Voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking door een schuldeiser aan een ondernemer als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt uitzondering, indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deelheeft in de onderneming van de schuldenaar'.*

Opvallend is dat de Hoge Raad in BNB 1998/208 met geen woord rept over de hoedanigheid van de geldverstrekker. Hij maakt niet het voorbehoud, dat slechts de deelnemerschapslening van een aandeelhouder in formele zin als kapitaalverstrekking heeft te gelden. Uit deze bewoordingen van de Hoge Raad lijkt dan ook te kunnen worden afgeleid, dat een deelnemerschapslening fiscaalrechtelijk heeft te gel-

13. Het is onzeker hoe dit criterium wordt gezien na HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161 (werknemersoptiearresten) en HR 22 november 2002, BNB 2003/34 (Falconarrest). Zie hiervoor paragraaf 5.2.2.3.

14. De Hoge Raad overwoog: *'Het hof heeft geoordeeld dat de schuld van belanghebbende aan A BV niet anders kan worden gezien dan als een reële schuld wegens ter leen verstrekte gelden. Dit oordeel is van feitelijke aard en is in cassatie niet bestreden'.*

15. Vergelijk Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 146.

den als een kapitaalverstrekking. Met andere woorden: een deelnemerschapslening moet fiscaalrechtelijk worden beschouwd als een kapitaalverstrekking, ongeacht de hoedanigheid van de geldverstrekker.

De vraag of de deelnemerschapslening nu ook (altijd) kwalificeert als informeel kapitaal heb ik hiermee echter niet beantwoord. Fortuin, Jimmink, Sommerhalder en Engelen bestrijden in elk geval dat er sprake kan zijn van informeel kapitaal.¹⁶ Hun mening acht ik juist.

*Immers, voor een informele kapitaalstorting is gelet op HR 3 april 1957, BNB 1957/165 nodig dat: 'een moedermaatschappij als houdster van de aandelen ener dochteronderneming bestaande verhouding aan deze een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verschaft; dat toch in dat geval door de dochteronderneming een voordeel wordt genoten, dat zijn oorzaak uitsluitend in de interne verhouding tussen haar en haar aandeelhoudster vindt, waardoor in fiscaalrechtelijken zin kapitaal wordt ingebracht'.*¹⁷

Op grond van BNB 1957/165 kan een derde met een deelnemerschapslening geen informeel kapitaal storten, omdat de inbreng niet plaatsvindt door de aandeelhouder als zodanig. Verder kan op grond van BNB 1957/165 worden verdedigd, dat een aandeelhouder evenmin informeel kapitaal kan storten met een deelnemerschapslening. Er vindt immers geen bevoordeling plaats van de vennootschap door de aandeelhouder, aangezien de crediteur van de deelnemerschapslening een vorderingsrecht blijft behouden in verband met die deelnemerschapslening. Gelet op het feit dat een van de voorwaarden voor de aanwezigheid van een deelnemerschapslening is dat de lening slechts opeisbaar is bij liquidatie etc. (wat volgens BNB 2006/82 moet worden gelezen als een looptijd van meer dan vijftig jaar), zal dit vorderingsrecht ten aanzien van de terugbetaling van de hoofdsom verhoudingsgewijs weinig voorstellen.¹⁸ Het vorderingsrecht omvat in de regel echter wel een zekere waarde. Zelfs als de contante waarde van de terugbetalingsverplichting vrijwel nihil is, heeft de deelnemerschapslening een waarde. Deze bestaat uit de contante waarde van de verwachte toekomstige (winstafhankelijke) rentevergoedingen. Op deze grond kan dan ook worden verdedigd dat – zelfs in moeder-dochterrelaties – er geen sprake kan zijn van een informele kapitaalstorting in de letterlijke zin des woords: er vindt weliswaar een geldstroom plaats van crediteur naar debiteur, maar deze geldstroom leidt niet tot een verarming van de debiteur omdat hij daarvoor in de plaats een (in

16. Zie Fortuin, P.; Informeel kapitaal: deelnemingsvoordelen en (kwijtscheldings)winst, WFR 1994/1646, Jimmink, A.G.; Informal investors in de vennootschapsbelasting, opgenomen in De Informal Investor: van ondernemer naar investeerder/ondernemer, Pre-adviezen nr. 14 van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs, IBFD Publications, Amsterdam, 1997, blz. 85-86 en Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

17. Vergelijk echter HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161 (werknemersoptiearresten) en HR 22 november 2002, BNB 2003/34 (Falconarrest); zie paragraaf 5.2.2.3.

18. Daar staat tegenover dat in gelieerde verhoudingen de crediteur/moeder van de debiteur vaak in wezen kan bepalen dat een geldverstrekking wordt terugbetaald.

beginsel vrij verhandelbaar) vorderingsrecht ontvangt op de debiteur. Hiermee geniet de dochteronderneming geen voordeel.

Ik zie de discussie – in aandeelhouderssituaties – over wel of geen kapitaal voor de vennootschapsbelasting overigens, zeker na de overwegingen van de Hoge Raad in BNB 1988/217, 1998/208 en BNB 2006/82, slechts als een kwestie van semantische aard. Het belang van het antwoord op de vraag of een deelnemerschapslening als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt, is immers niet relevant aangezien het verstrekken van een deelnemerschapslening voor toepassing van het fiscale recht moet worden aangemerkt als verstrekking van kapitaal.¹⁹

5.2.1.3 Deelnemingsvrijstelling en de deelnemerschapslening

Eén van de toepassingsvoorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling is, getuige art. 13, lid 2 en 3, de aanwezigheid van een formele aandeelhoudersband.²⁰ In overeenstemming met art. 13 valt uit HR 28 juni 1995, BNB 1995/271 af te leiden, dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de voordelen uit hoofde van een deelnemerschapslening, indien tussen crediteur en debiteur een formele aandeelhoudersband ontbreekt. In dat arrest gaf de Hoge Raad in niet mis te verstane bewoordingen aan, dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een ‘alleenstaande’ deelnemerschapslening. Indien de verstrekker van de deelnemerschapslening niet reeds een deelneming in de schuldenaar heeft, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op de door de niet-aandeelhouder verstrekte deelnemerschapslening.

In BNB 1995/271 heeft de Hoge Raad echter niet beslist dat de deelnemingsvrijstelling per definitie niet van toepassing is op een deelnemerschapslening. Gelet op de hierboven en hierna geciteerde passages uit BNB 1988/217 en BNB 1998/208, ben ik van mening dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op de voordelen uit hoofde van de deelnemerschapslening, wanneer de verstrekker van een deelnemerschapslening op grond van zijn formele aandeelhouderschap aanspraak kan maken op de deelnemingsvrijstelling.²¹

In dit kader wijs ik op de volgende passage uit BNB 1988/217: ‘het Hof (heeft, JvS) terecht vooropgesteld dat ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 (onderstreping

19. In gelijke zin Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 224.

20. Evenwel zij gewezen op HR 22 november 2002, BNB 2003/34, het Falconarrest. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat optiehouders moeten worden aangemerkt als pseudoaandeelhouders en dat zij – mits aan de overige voorwaarden is voldaan – ook de deelnemingsvrijstelling deelachtig kunnen worden. Vergelijk voorts HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161.

21. Vergelijk Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 225, Van der Geld, J.A.G.; De grens tussen eigen en vreemd vermogen duidelijker getrokken, TFO 1999/42 en Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.; Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470.

JvS) van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een geldverstrekking (onderstreping JvS) door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening (onderstreping JvS) dan wel als een kapitaalverstrekking (onderstreping JvS) heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd (...). Deze regel lijdt naar 's Hofs oordeel slechts in twee gevallen uitzondering (schijnlening en deelnemerschapslening, JvS) (...)'.

In BNB 2006/82 wordt dit door de Hoge Raad expliciet bevestigd.

De vraag rijst met BNB 2001/160-161 (werknemersoptiearresten) en BNB 2003/34 (Falconarrest) en HR 14 oktober 2005, BNB 2006/7 of BNB 1995/271 thans niet is achterhaald. De redactie van Vakstudie-Nieuws (V-N 2005/58.19) merkt – mijns inziens terecht – op dat uit de huidige stand van de jurisprudentie niet de conclusie valt te trekken dat de deelnemingsvrijstelling ook toepassing vindt op alleenstaande deelnemerschapsleningen.²²

In BNB 2003/34 overweegt de Hoge Raad als volgt: 'De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel, een en ander met inachtneming van het navolgende'.

Hoewel er ten aanzien van een alleenstaande deelnemerschapslening in beginsel dubbele heffing plaatsvindt, kan niet worden verdedigd dat een deelnemerschapslening kan worden gezien als een opgesplitst aandeel o.i.d.

In BNB 2006/7 refereert de Hoge Raad aan zijn arrest BNB 2003/34 en overweegt: 'Zoals ook blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34, strookt het met de strekking van de deelnemingsvrijstelling om, indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel. Van het opsplitsen van het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel is onder andere sprake in een geval als het onderhavige, waarin de verkoper van een pakket aandelen dat een deelneming vormt, het recht heeft bedongen dat aan hem een gedeelte van het verkoopresultaat dat de koper behaalt toekomt, indien die koper voor een bepaalde datum tot wederverkoop van de betreffende aandelen overgaat'.

Ook uit BNB 2006/7 blijkt dat het in de Falcondoctrines lijkt te gaan om het opsplitsen van een aandeel in verschillende rechten. Daarvan is geen sprake bij een deelnemerschapslening. Deze staat volledig los van het aandeel aan zich. Wel ligt het in de lijn der verwachting dat de waardeontwikkeling van een deelnemerschapslening voor

22. Merks merkt in zijn noot onder FED 2006/29 (= BNB 2006/82 = V-N 2005/58.19) op dat hij het duidelijk acht dat op een aanstaande deelnemerschapslening geen deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

een belangrijk deel min of meer gelijke tred houdt met de waardeontwikkeling van het aandeel van de vennootschap waarin de deelnemerschapslening wordt gehouden. De waarde van beide vermogensrechten zal namelijk (mede) afhangen van de winst van de vennootschap. Normaliter komt de overwinst van een vennootschap alleen de aandeelhouders toe. Indien een vennootschap een deelnemerschapslening uitgeeft, dan deelt deze in de winst en blijft er minder overwinst over voor de aandeelhouders.

Gelet op BNB 1995/271 en BNB 2003/34 ben ik van mening dat de deelnemerschapslening niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, indien er geen deelnemingsverhouding bestaat tussen de crediteur en de debiteur. Dit brengt mee dat er economisch dubbele heffing optreedt. De debiteur mag de verschuldigde rente op de deelnemerschapslening immers niet ten laste van zijn winst brengen, maar deze rente wordt wel belast bij de crediteur. De onevenwichtige uitkomst van BNB 1995/271 acht ik wettetechnisch juist. De wettekst laat de Hoge Raad namelijk geen andere keus, dan de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing te verklaren op een deelnemerschapslening die is verstrekt door een niet-aandeelhouder. Daar kan tegenin worden gebracht dat BNB 2003/34 evenmin in lijn is met de letterlijke wettekst. Gelet op het feit dat een deelnemerschapslening sterke trekken heeft van eigen vermogen en het feit dat de Hoge Raad een meer materiële dan formele benadering voorstaat voor het begrip deelneming, acht ik het zeker niet uitgesloten dat de Hoge Raad de deelnemingsvrijstelling ook zal toepassen op een alleenstaande deelnemerschapslening. Ook in BNB 2006/82 wordt enige ruimte geboden.

Aldaar overwoog de Hoge Raad: 'De onderhavige (*onderstreping JvS*) *prêt participatif* is een deelnemerschapslening in de zin van het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208. Onder de voordelen uit hoofde van een deelneming in de zin van artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 vallen ook voordelen als de onderhavige (*onderstreping JvS*)'.

Indien 'onderhavige' kan worden gelezen als deelnemerschapslening sec, dan geldt de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel in breder verband. Deze lezing lijkt mij verdedigbaar. Denkbaar is echter ook dat 'onderhavige' moet worden gelezen als deelnemerschapslening in combinatie met een deelneming – wat in casu het geval was. Als dit zo is, dan valt uit de hiervoor aangehaalde overweging op dit punt geen algemene conclusie te trekken.²³

In ieder geval zou ik het redelijk en wenselijk vinden, de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing te laten zijn op deelnemerschapsleningen die zijn verstrekt door derden/vennootschappen. Op deze wijze wordt de economisch dubbele heffing in elk geval voorkomen. Verder wordt aangesloten bij wat de Hoge Raad in BNB 1998/208

23. Lubbers merkt op dat indien de Hoge Raad de woorden 'in een geval als het onderhavige' gebruikt, voorzichtigheid moet worden betracht bij de toepassing van de geformuleerde regel op andere gevallen, Lubbers, A.O.; 'Belastingarresten lezen en analyseren, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 108-109.

heeft bepaald, namelijk dat een deelnemerschapslening fiscaalrechtelijk heeft te gelden als kapitaalverstrekking.²⁴ Ten slotte verzetten de twee rechtsgronden voor de deelnemingsvrijstelling, de ne bis in idem- en de verlengstukgedachte, zich niet tegen deze benadering. Het toepassen van de deelnemingsvrijstelling past mijns inziens juist goed in het idee achter de deelnemingsvrijstelling: het voorkomen van dubbele belastingheffing. Zoals ik hiervoor aangaf, is een wetswijziging waarschijnlijk noodzakelijk om de deelnemerschapslening in te passen in het systeem van de deelnemingsvrijstelling. Gelet op de gekozen benadering door de wetgever bij de hybride leningen (art. 13, lid 3) en bij het wetsvoorstel 'Werken aan winst', acht ik het echter onwaarschijnlijk dat hij op korte termijn besluit tot een wetswijziging.

5.2.2 Schijnlening

Wanneer een lening een schijnlening is, omdat de contractpartijen in werkelijkheid een kapitaalstorting hebben beoogd, heeft dit allereerst gevolgen voor de renteaftrek. De debiteur kan de 'rente' op grond van art. 10, lid 1, onderdeel a niet in aftrek brengen. Fiscaalrechtelijk heeft de geldverstrekking namelijk als een (informele) kapitaalverstrekking te gelden, zoals blijkt uit het in hoofdstuk 3 behandelde BNB 1971/74. Hierdoor moeten eventuele 'rentebetalingen' en 'aflossingen' in voorkomende gevallen worden aangemerkt als winstuitdelingen respectievelijk terugbetalingen van kapitaal. Ook voor de geldverstrekker kan de herkwalificatie gevolgen hebben. Indien namelijk een schijnlening door een moedervennootschap aan een dochtervennootschap wordt verstrekt, is – mits wordt voldaan aan de overige gestelde voorwaarden in art. 13 – de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de schijnlening. Een van de voornaamste voorwaarden is dat de verstrekker van de schijnlening reeds een deelneming heeft in de debiteur. Ontbreekt die deelnemingsrelatie namelijk, dan lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat de schijnlening zelfstandig kan kwalificeren als deelneming ex art. 13, lid 2. Een schijnlening valt getuige art. 13 mijns ziens slechts onder de deelnemingsvrijstelling, indien deze meelift op een al bestaande deelneming.²⁵ Praktisch gezien levert dit vereiste – zeker in concernrelaties – normaliter geen problemen op. Van een deelneming is dan doorgaans al sprake. Door toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen verkapte dividenden zonder dubbele heffing door de moedervennootschap worden genoten.

24. Vergelijk in dit kader Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 167: 'Voor wat betreft de deelnemerschapslening, blijkt uit de rechtspraak zoals die onder ad 1 is aangehaald en zoals die is gewezen voor de debiteur, dat ook een derde een deelnemerschapslening kan verstrekken. Daaraan wordt ook in die situatie de kwalificatie kapitaal gekoppeld (BNB 1998/208). Voor wat betreft de crediteur is er naar ik meen geen reden om van deze conclusie af te wijken'.

25. Slechts in het moeilijk voorstelbare geval dat de schijnlening bijvoorbeeld in wezen een aandelenbelang van 5% van het nominaal gestorte kapitaal representeert zal dit mijns inziens anders zijn.

Een schijnlening hoeft overigens niet altijd een kapitaalverstrekking te representeren.²⁶ Het is namelijk mogelijk dat de contractpartijen met een gefingeerde lening geen kapitaalverstrekking of enige andere prestatie jegens de vennootschap voor ogen hebben. De lening bestaat slechts op papier.²⁷ In zo'n geval kan men niet spreken van een informele kapitaalstorting. Eventuele 'rentebetalingen' kwalificeren in die situatie als verkapte winstuitdelingen, waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn, mits wordt voldaan aan de in art. 13 gestelde voorwaarden. Opgemerkt zij dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de niet-bestaande lening zelf, maar voortkomt uit een al aanwezig belang.

5.2.3 Bodemlozeputvordering

De vraag of een bodemlozeputvordering onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling dient te worden gebracht, was in geschil in BNB 1988/217. Het antwoord op deze vraag luidde volgens de Hoge Raad bevestigend.

In r.o. 4.4 oordeelde de Hoge Raad namelijk als volgt: 'In zodanig geval (situatie van verlies-financiering, JvS) moet de lening voor de toepassing van artikel 13 worden aangemerkt als een toevoeging aan het vermogen van de dochtervennootschap van het bedrag dat in voege als voormeld het vermogen van de belastingplichtige heeft verlaten, hetgeen met zich brengt dat de kostprijs van de deelneming met dit bedrag wordt verhoogd. Het verlies dat ontstaat doordat hetgeen aldus aan de dochtervennootschap wordt verstrekt, in de waarde van de deelneming niet wordt teruggevonden, dient met toepassing van het eerste lid van artikel 13 bij de bepaling van de winst van de belastingplichtige buiten aanmerking te blijven'.

Indien derhalve een moedervennootschap in haar hoedanigheid als aandeelhouder een 'lening' verstrekt aan een dochtervennootschap – terwijl ook wordt voldaan aan de overige in BNB 1988/217 gestelde eisen – kwalificeert deze geldverstrekking als verstrekking van informeel kapitaal.^{28, 29} Eventuele 'rentebetalingen' en 'aflossin-

26. Zie bijvoorbeeld BNB 1998/98. Vergelijk ook De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus Belastingrecht*, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.2.2.C.c.3.III.

27. Een dergelijke geval van absolute simulatie neigt sterk naar het frauduleuze. Zo is het de vraag hoe een dergelijke lening op een juiste wijze in de boekhouding kan worden verwerkt.

28. Dit is ook de algemeen geldende opvatting in de literatuur. Vergelijk bijvoorbeeld Verseput, J.G., *De totale winst in de vennootschapsbelasting*, Fiscale brochures Fed, Deventer, 1987, blz. 41, Van der Geld, J.A.G.; *Het initiatief-wetsvoorstel Vermeend ter aanvulling en reparatie van de deelnemingsvrijstelling*, FED 1986/1265, Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 60, Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; *Cursus Belastingrecht*, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, onderdeel 2.12.C.c.3, Haberham, A.M.; *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 235-236. Vergelijk verder Bouwman, Bouwman, J.N.; *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 64.

29. In tegenstelling tot de deelnemerschapslening, vormt de bodemlozeputvordering wel informeel kapitaal. Aan de in HR 3 april 1957, BNB 1957/165 gestelde eis dat: 'een moedermaatschappij →

gen' vormen dan in beginsel winstuitdelingen respectievelijk terugbetalingen van kapitaal. Voor de dochtervennootschap/debitrice betekent dit dat de betaalde 'rente' ter zake van die geldverstrekking niet aftrekbaar is van de winst. Voor de moedervennootschap betekent de herkwalficatie van de (bodemlozeput)vordering tot kapitaal dat de voordelen uit hoofde van de geldverstrekking onder de deelnemingsvrijstelling vallen, mits een kwalificerend belang aanwezig is.

De tegenhanger van het feit dat voordelen ter zake van de deelneming (waaronder ook de bodemlozeputvordering) vallen onder de deelnemingsvrijstelling, is dat de deelnemingsvrijstelling eveneens van toepassing is op nadelen (zoals een afwaardering van de vordering). Hoewel dit ook geldt voor de overige uitzonderingen van BNB 1988/217 alsmede art. 10, lid 1, onderdeel d, doet dit nadeel van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zich vooral voelen bij bodemlozeputvorderingen, omdat afwaarderingen juist daar plaatshebben. Verstrekt een moedervennootschap daarentegen een lening aan haar zwaar verliesgevende dochter in de kwaliteit van derde/crediteur³⁰ – en dus niet in de hoedanigheid van aandeelhouder – dan blijft de lening in mijn opinie een lening, omdat niet wordt voldaan aan alle drie de cumulatieve criteria van BNB 1988/217. Voor de dochtervennootschap betekent dit dat de betaalde rente, andere aftrekbeperkingen daargelaten, ten laste van de winst mag worden gebracht. Voor de moedervennootschap blijft de lening een lening, en is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op deze geldverstrekking. Aangezien een derdegeldschietter geen bodemlozeputvordering (in de hoedanigheid van aandeelhouder) kan verstrekken, blijft een door hem verstrekte verliesfinancieringslening in elk geval een lening. Hij kan daarom, mijns inziens terecht, geen aanspraak maken op de deelnemingsvrijstelling.³¹ Overigens zal dit in de situatie van een bodemlozeputvordering eerder als een voordeel dan als een nadeel worden ervaren.

5.2.4 Deelneming in de vorm van opties

In het voorgaande werd duidelijk dat toepassing van de deelnemingsvrijstelling aan de orde komt, indien er, naast het verstrekken van de gelden ex BNB 1988/217, een kwalificerende aandeelhoudersband bestaat. Zonder deze formele aandeelhoudersband lijkt toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet aan de orde te kunnen komen. Na HR 22 november 2002, BNB 2003/34, beter bekend als het Falconarrest, is

—> *als houdster van de aandelen ener dochteronderneming bestaande verhouding aan deze een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verschaft; dat toch in dat geval door de dochteronderneming een voordeel wordt genoten, dat zijn oorzaak uitsluitend in de interne verhouding tussen haar en haar aandeelhoudster vindt, waardoor in fiscaalrechtelijken zin kapitaal wordt ingebracht' wordt immers voldaan.*

30. Wanneer een moedervennootschap een lening verstrekt in de hoedanigheid van een derde, dan wil dat zeggen dat de moedervennootschap zakelijke crediteurenbelangen heeft bij het verstrekken van deze lening.
31. Slechts in de zeer uitzonderlijke situatie, waarin een derde een deelnemerschapslening (ex BNB 1988/208) heeft verstrekt én in zijn hoedanigheid van deelnemer een lening heeft verstrekt die voldoet aan de laatste twee criteria van BNB 1988/217, zou het mijns inziens redelijk zijn om zowel de deelnemerschapslening als de verlieslening onder de deelnemingsvrijstelling te laten vallen.

het mijns inziens verdedigbaar te stellen dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn op een schijnvordering, deelnemerschapsvordering of bodemlozeputvordering 'onder de vleugels van' een kwalificerend optiepakket. Uit het Falconarrest blijkt namelijk dat opties – als pseudoaandelen – kunnen kwalificeren als een deelneming. Andere (informele) kapitaalverstrekkingen kunnen mijns inziens op dit feit meeliften. Ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b zou hetzelfde moeten gelden voor hybride vorderingen.

5.3 **Hybride lening en deelnemingsvrijstelling**

5.3.1 ***Kwalificeert een hybride lening als (informeel) kapitaal?***

5.3.1.1 *Argumenten voor en tegen*

De vraag of een hybride lening moet worden aangemerkt als informeel kapitaal, heeft al de nodige fiscale pennen in beweging gebracht.³² Dit is begrijpelijk, gezien het belang van het antwoord op deze vraag in combinatie met het feit dat hierover in de literatuur geen communis opinio bestond, tot de invoering van de Nota navv in de Eerste Kamer bij het wetsvoorstel tot invoering van art. 10d³³, twee jaren na de invoering van de hybride leningwetgeving. Dit gebrek aan eenstemmigheid in de literatuur komt voor een belangrijk deel voort uit het ontwijkende antwoord van de wetgever aan de Eerste Kamer, op de vraag hoe een hybride lening dient te worden gekwalificeerd. De wetgever merkt namelijk op dat een hybride lening feitelijk functioneert als eigen vermogen, en dat dit meebrengt dat vergoedingen op de lening niet aftrekbaar zijn en dat waardemutaties van de schuld niet via de verlies- en winstrekening lopen. Over de kwalificatie van een dergelijke geldverstrekking laat hij zich echter niet uit.³⁴

Hoewel het antwoord op de vraag of een hybride lening al dan niet dient te worden aangemerkt als een kapitaalverstrekking niet van belang is voor de renteaftrek van de debiteur, heeft dit antwoord wel zijn repercussies op andere bepalingen in de vennootschapsbelasting, zoals art. 10d en art. 15ab, lid 6. Voorts kan worden gedacht aan art. 8b. Indien op een hybride geldverstrekking namelijk een onzakelijke vergoeding wordt overeengekomen, brengt art. 8b in geval van een lening wel en in geval van een kapitaalverstrekking niet mee dat de winsten van de debiteur en de crediteur worden bepaald alsof er een zakelijke vergoeding op de kapitaalverstrekking zou zijn overeengekomen. Overigens lijken de uitspraken van de wetgever over de samenloop tussen art. 8b en art. 10, lid 1, onderdeel d tijdens de parlementaire be-

32. Voor een overzicht van de verschillende publicaties verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen)*, Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 94 en 95.

33. Nota Navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

34. Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 6-7.

handeling van de hybride leningwetgeving er op te wijzen, dat hij de hybride lening blijft zien als een lening.³⁵

Verder zou met een beroep op de systematiek van art. 10 kunnen worden betoogd, dat een hybride lening fiscaalrechtelijk een lening blijft. Immers, ingevolge art. 10, lid 1, onderdeel a komen bij het bepalen van de winst de niet onder art. 9 vallende onmiddellijke of middellijke uitdelingen van winst – onder welke naam of in welke vorm ook gedaan – niet in aftrek. Uit art. 10, lid 1, onderdeel c volgt verder dat alle vergoedingen voor kapitaalverstrekkingen door oprichters, aandeelhouders, leden, deelnemers, of deelgerechtigden als zodanig niet ten laste van de winst mogen worden gebracht. In art. 10, lid 1, onderdeel d wordt vervolgens bepaald, dat vergoedingen op een geldlening (alsmede waardemutaties van deze lening) niet ten laste van de winst mogen worden gebracht, indien deze lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige. Het feit dat de wetgever de hybride lening in een apart onderdeel van art. 10, lid 1 heeft ondergebracht, kan mijns inziens als een vingerwijzing worden gezien dat de hybride lening moet worden aangemerkt als lening.

Verder wijst Brandsma nog op de tekst van art. 10, lid 1, onderdeel d.³⁶ Hierin wordt namelijk gesproken van ‘de vergoeding’ op een lening in plaats van een ‘winstuitdeling’. Tevens is art. 13, lid 3, onderdeel b in dit verband illustratief. Zoals ik in hier-na nog nader zal toelichten, valt een hybride lening namelijk onder bepaalde voorwaarden onder de deelnemingsvrijstelling. Indien een hybride lening zou kwalificeren als een (informele) kapitaalverstreking, dan is een aparte bepaling zoals art. 13, lid 3, onderdeel b niet nodig. Hetzelfde geldt voor de invoering van art. 3, lid 1, onderdeel f Wet DB 1965.³⁷

Er zijn echter ook zaken die wijzen in de richting dat een hybride lening moet worden aangemerkt als een kapitaalstorting. In de eerste plaats valt hier te denken aan

35. Dienaangaande merkte hij het volgende op: ‘Op grond van artikel 8b dient, indien tussen gelieerde partijen geen of een onzakelijk lage vergoeding op een lening is overeengekomen, alsnog een zakelijke vergoeding in aanmerking te worden genomen. Dit is de vergoeding die onder vergelijkbare omstandigheden tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Dit kan zowel een vaste als een variabele vergoeding zijn. Vervolgens kan dan nog de vraag aan de orde komen of deze in aanmerking te nemen vergoeding al dan niet aftrekbaar is op grond van artikel 10, eerste lid, onderdeel d. Voor de toepassing van dat artikel wordt de in aanmerking te nemen vergoeding bij wijze van fictie als winstafhankelijk aangemerkt. Indien bovendien sprake is van een looptijd van meer dan 10 jaar, is de vergoeding dan niet aftrekbaar. Bij de schuldeiser zal daartegenover dan echter op de in aanmerking te nemen ontvangen vergoeding, de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn, mits sprake is van een deelnemingsrelatie’, Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 30.

36. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 93.

37. Ten slotte wijs ik op de behandeling van de hybride lening in de (per 1 januari 2006 afgeschafte) kapitaalsbelasting. Voor de kapitaalsbelasting werd een hybride lening behandeld als lening en niet als kapitaalverstreking. Vergelijk het vraag- en antwoordbesluit van 5 juli 2003, nr. CPP2003/1526M, vraag 2, V-N 2003/38.19. Het is overigens de vraag of dit standpunt correct was, gelet op het ruime kapitaalebeprij in de kapitaalsbelastingrichtlijn.

de verschillende verwijzingen in de parlementaire geschiedenis naar BNB 1998/208 en BNB 1999/176. Hierbij wordt expliciet opgemerkt dat naast de hybride lening herkwalificatie op andere gronden (schijn en bodemloze put) mogelijk blijft.³⁸ Deze aangehaalde passage lijkt er op te wijzen dat het aanmerken van een geldverstrekking als een hybride lening herkwalificatie van de lening met zich brengt. Tevens zij gewezen op de opvatting van de wetgever ten aanzien van de verhouding tussen art. 10, lid 1, onderdeel d en (het inmiddels vervallen) art. 12, lid 3. Uit de Nota navv blijkt namelijk dat de wetgever vindt dat toepassing van art. 12, lid 3 aan de orde kan komen, indien de voorwaarden waaronder een schuldvordering is aangegaan zodanig worden gewijzigd, dat deze schuld ingevolge art. 10, lid 1 wordt geacht te functioneren als eigen vermogen.³⁹ Verder heeft de wetgever opmerkt, dat art. 10 in dit opzicht niet uitputtend is en dat 'een schuld (...) ook (onderstreping JvS) (kan, JvS) gaan functioneren als eigen vermogen op grond van de jurisprudentie'.⁴⁰ Ook dit lijkt te wijzen op herkwalificatie van de hybride lening tot kapitaal.

5.3.1.2 Meer duidelijkheid omtrent kwalificatie hybride lening

Bij de invoering van de thin-capitalisationwetgeving schiep de wetgever voor het eerst enige duidelijkheid ten aanzien van de kwalificatie van de hybride lening. Hij gaf namelijk aan dat een hybride lening voor de toepassing van art. 10d niet tot het eigen vermogen wordt gerekend, behoudens de situatie dat er sprake is van een deelnemerschapslening.⁴¹ Het was echter de vraag of deze opmerking beperkt bleef tot de toepassing van art. 10d, dan wel of aan deze opmerking een bredere invulling moest worden gegeven. Ten aanzien van deze kwestie werd door de wetgever in de Eerste Kamer meer duidelijkheid geschapen. Uit de Nota navv kan mijns inziens worden afgeleid dat een hybride lening moet worden gekwalificeerd als een lening. Aldaar gaf de wetgever namelijk in meer algemene zin aan, dat de toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d op een hybride geldlening niet automatisch leidt tot de kwalificatie van de lening als eigen vermogen.⁴²

Hoewel er na deze opmerkingen duidelijkheid bestaat omtrent de kwalificatie van een hybride lening – de lening blijft een lening – is het zeer kwalijk dat deze duidelijkheid pas bijna twee jaar na de invoering van de hybride leningwetgeving wordt gegeven. Dit wringt des te meer omdat deze duidelijkheid 'toevallig' werd gegeven bij de behandeling van een wetsvoorstel (29 210), dat in beginsel geheel los staat van art. 10, lid 1, onderdeel d.

38. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27.

39. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 30.

40. 'De herkwalificatie (onderstreping JvS) vindt dan niet plaats op grond van de voorwaarden waaronder de lening is aangegaan, maar als gevolg van onzakelijk handelen', Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 30.

41. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

42. Nota Navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

5.3.1.3 *Redenen voor aanvankelijke onduidelijkheid*

De onduidelijk die geruime tijd bestond over de vraag of een hybride lening (voor vennootschapsbelastingdoeleinden) moest worden gezien als lening dan wel als kapitaal⁴³ kwam – ondanks opmerkingen in de parlementaire behandeling bij art. 10d – met name voort uit de ontwijkende houding en de tegenstrijdige opmerkingen van de staatssecretaris. Wel ben ik – zeker na die opmerkingen bij de parlementaire behandeling van art. 10d – evenwel sterk geneigd aan te nemen dat de hybride lening fiscaalrechtelijk een lening blijft. Gelet op het systeem van BNB 1988/217 wordt namelijk de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking gevolgd, tenzij er sprake is van een van de drie (limitatieve) uitzonderingen. Nu geen van deze uitzonderingen zich in beginsel voordoet bij een hybride lening, blijft de geldverstrekking mijns inziens een lening. Ook voor andere bepalingen moet deze kwalificatie worden gevolgd, tenzij uitdrukkelijk anders bepaald.

Brandsma tast volstrekt in het duister omtrent de vraag waarom de staatssecretaris geen klare wijn wenst(e) te schenken.⁴⁴ De ontwijkende houding van de staatssecretaris kan echter mogelijk voortkomen uit het feit dat de gevolgen van het voegen van de schuldenaar van een afgewaardeerde hybride in een fiscale eenheid noch in het voormalige art. 13b, lid 6 (thans in sterk gewijzigde vorm art. 13bb) noch in een fiscale eenheidstandaardvoorwaarde (bijvoorbeeld standaardvoorwaarde 2) waren geregeld. Indien een hybride lening zou moeten worden aangemerkt als kapitaal, dan zou dit betekenen dat een kapitaalafwaardering op deze wijze niet kan worden gecorrigeerd bij voeging. Inmiddels is dit wettelijk geregeld, vergelijk art. 13ba, lid 10, onderdeel c en art. 13bb, lid 4, onderdeel b.

5.3.2 *Deelnemingsvrijstelling en de hybride lening*

5.3.2.1 *Meeslepen hybride lening*

Hoewel er onduidelijkheid kon bestaan over de wijze waarop een hybride lening dient te worden gekarakteriseerd, bestond (en bestaat) deze onduidelijkheid niet ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een hybride lening. In art. 13, lid 3, onderdeel b is namelijk bepaald dat de voordelen uit een hybride schuldvordering slechts dan onder de deelnemingsvrijstelling vallen, als deze worden 'meegesleept' met een echte deelneming. Indien een crediteur van een hybride lening naast de hybride lening niet tevens een deelneming in de debiteur bezit, dan is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. Dit is ook uitdrukkelijk beoogd

43. Vergelijk van Eijdsen, J.A.R. & Moes, W.M.H.; Art. 13bb Wet Vpb. 1969: een nieuwe sanctiebepaling met betrekking tot onvolwaardige schuldvorderingen, WFR 2002/1373, Brandsma, R.P.C.W.M. & Gooijer, J.; Het veegwetinstituut heeft een nieuwe bezem nodig: hybride leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1661, Strik, S.A.W.J.; Het fiscale onderscheid tussen lening en kapitaal in de vennootschapsbelasting, MBB 2002/337 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 94.
44. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 95.

door de wetgever. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State om een schuldvordering in de zin van art. 10, lid 1, onderdeel d in het algemeen te laten kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, gaf de wetgever namelijk aan dat voor de vraag of sprake is van een deelneming op grond van aandelenbezit een kwantitatief criterium van toepassing is. De wetgever acht het daarom niet gewenst om een soepelere benadering te hanteren voor hybride schuldvorderingen.⁴⁵

Verder is het niet van belang of het een 'gewone' deelneming (een aandelenbezit van 5% of meer), dan wel zogeheten oneigenlijke deelneming ex art. 13, lid 3, laatste volzin betreft. Overigens is dit laatste pas bij Veegwet III gerepareerd.^{46, 47}

Tot deze wetwijziging luidde art. 13, lid 3, slot namelijk als volgt: '*indien de belastingplichtige op grond van het tweede lid (onderstreping JvS) een deelneming heeft in de schuldenaar*'. Bij de wijziging is de onderstreepte passage komen te vervallen.

In strijd met zijn eerdere toezegging heeft de wetgever de omissie – in eerste aanleg – echter niet met terugwerkende kracht gerepareerd, maar pas per 1 januari 2003.^{48, 49}

Ik ben het met Bouwman eens (voor de tekst van 2002 van art. 13, lid 3, onderdeel b), dat een vordering in combinatie met een art. 13g 'deelneming' niet onder de deel-

45. Zie Advies van de Raad van State en nader rapport, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 19-20.

46. Wijziging van belastingwetten c.a. (Vervolg wijzigingen in samenhang met de Belastingherziening 2001), TK, 2001-2002, 28 847, blz. 14.

47. Vergelijk in verband met de oneigenlijke deelneming Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 35-38.

48. Nota navv, EK, 28 034, blz. 10-11.

49. Brandsma merkt in Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 152 op dat het ontbreken van de terugwerkende kracht waarschijnlijk samenhangt met de mogelijkheid dat de terugwerkende kracht ook als een lastenverzwaring kan worden beschouwd. Hierbij valt te denken aan een crediteur die zijn hybride vordering op een debiteur ten laste van de winst heeft afgewaardeerd. Hoewel voor de uitleg van Brandsma zeker wat valt te zeggen, valt het evenmin uit te sluiten dat de staatssecretaris zijn toezegging 'vergeten' is. De visie van Brandsma vergt namelijk een afweging van de wetgever, die – gelet op de eerdere toezegging – mijns inziens in het parlement had moeten worden gemaakt. Voor mijn visie pleit tevens Besluit 9 februari 2004, nr. CPP 2003/2240M (herdruk van het Besluit 11 augustus 2003/1611M) vraag 1.3.4, V-N 2004/13.14. In het antwoord op voornoemde vraag keurt de staatssecretaris namelijk (op verzoek) goed dat hybride leningen die zijn aangegaan in het jaar 2002 en waarvan de voorwaarden nadien niet meer zijn aangepast, onder de deelnemingsvrijstelling kunnen worden gebracht indien de crediteur een gelijkgestelde deelneming heeft in de debiteur. De staatssecretaris komt belastingplichtigen tegemoet 'Gezien deze toezegging' (dat is de toezegging in de Nota navv EK, 2001-2002, 28 034, blz. 10-11, JvS). Opgemerkt zij wel dat de staatssecretaris in zijn tegemoetkoming niet erg genereus is geweest. Voorwaarde was namelijk dat het verzoek voor 1 april 2004 moest zijn ingediend, terwijl het besluit dateert van 9 februari 2004. Belastingplichtigen hadden dus minder dan twee maanden om hun verzoek te doen. Waarom voor zo'n korte periode is gekozen, is mij niet duidelijk. Met de redactie van Vakstudie-Nieuws ben ik van mening dat een ruimhartigere regeling de voorkeur had verdiend.

nemingsvrijstelling lijkt te vallen.⁵⁰ De deelnemingsvrijstelling was ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b (2002) namelijk slechts van toepassing op een hybride vordering, indien de belastingplichtige (crediteur) op grond van het tweede lid een deelneming heeft in de schuldenaar. Thans lijkt de werkingssfeer van art. 13, lid 3, onderdeel b, laatste volzin verruimd, aangezien de hybride lening nu valt onder de deelnemingsvrijstelling '(...) indien de belastingplichtige een deelneming heeft in de schuldenaar'. Mijns inziens is het onder deze vernieuwde tekst nog maar de vraag of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op een hybride vordering in combinatie met art. 13g.⁵¹ Ingevolge art. 13g, lid 1 wordt een aandelenbezit van ten minste 20% in een EU-lichaam dat ter belegging wordt aangehouden namelijk 'gelijkgesteld met' een deelneming.⁵² Verdedigbaar is dat een gelijkgestelde deelneming niet hetzelfde is als een deelneming. Dit zou betekenen dat een hybride vordering in combinatie met een gelijkgestelde deelneming⁵³ niet zou vallen onder de deelnemingsvrijstelling. Deze benadering acht ik evenwel in strijd met de ratio van de regeling. Daarenboven valt met enige rechtelijke lenigheid in combinatie met een beroep op de ratio van de regeling en de wetsgeschiedenis zeer wel te verdedigen, dat ook een hybride lening in combinatie met een gelijkgestelde deelneming onder de deelnemingsvrijstelling valt.

5.3.2.2 Tijdstip toetsing voorwaarden

Een hybride vordering valt slechts dan onder de deelnemingsvrijstelling indien de crediteur al een deelneming heeft in de debiteur. Hierbij is door de wetgever opgemerkt, dat de hybride vordering niet meetelt voor het bepalen van de omvang van de deelneming.⁵⁴ Verder heeft de wetgever in de MvT – mijns inziens terecht – benadrukt dat er permanente toetsing dient plaats te vinden ten aanzien van de vraag of de hybride lening nog wel kan worden 'meegetrokken' met het aandelenbezit.⁵⁵ Op het moment dat de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing is op het aandelenbezit (of bij vervreemding van het aandelenpakket), is de deelnemingsvrijstelling evenmin nog langer van toepassing op de hybride vordering. Omgekeerd zal een al bestaande hybride vordering die in eerste aanleg niet onder de deelnemingsvrijstelling valt vanwege het ontbreken van het vereiste aandelenbezit, daar wel onder gaan vallen zodra er sprake is van een voor de deelnemingsvrijstelling kwalificerend

50. Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 71.

51. Brandsma gaat er overigens vanuit dat hybride vorderingen in combinatie met een art. 13g participatie kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 147.

52. In 2007 wordt het in 13g genoemde percentage overigens 15% en in 2009 10%, Wet van 19 januari 2006, Stb. 2006, 44.

53. Dit geldt voor zowel een aandelenbezit van minder dan 5% in de lijn van de normale oefening van de onderneming van de aandeelhouder/crediteur als de gelijkgestelde deelneming ex art. 13g.

54. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 41.

55. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 41. Vergelijk ook van Eijdsen, J.A.R.; Enkele gevolgen van het gelijkschakelen van een hybride schuldvordering met een deelneming, WFR 2002/1704.

aandelenbezit.⁵⁶ Wellicht ten overvloede merk ik op, dat deze constatering – *mutatis mutandis* – ook geldt voor de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputvordering.

Gelet op de feiten dat de hybride vordering de deelneming volgt zolang er een deelneming aanwezig is en dat de hybride vordering ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b onder een deelneming wordt begrepen, lijkt het logisch om (evenals bij de deelneming zelf) de compartimenteringsleer toe te passen op statuswisselingen van de hybride vordering in voorkomende gevallen.^{57, 58} Dit zou met zich brengen dat bij een rentebetaling op een tijdstip waarop de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing is – terwijl de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing was tijdens een deel van het rijpen van de rente – een deel van die rentebate nog wel onder de deelnemingsvrijstelling valt.

Brandsma vestigt mijns inziens terecht de aandacht op de vraag, hoe op het niveau van de crediteur dient te worden omgegaan met aanpassingen van de voorwaarden van een hybride vordering.⁵⁹ Het lijkt aannemelijk dat door een aanpassing van de leningsvoorwaarden in de zin van art. 10, lid 3 toekomstige toepassing van de deelnemingsvrijstelling mogelijk is. De problemen doen zich echter voornamelijk voelen voor het verleden, bij de verlenging van de looptijd. Voor de debiteur kan een dergelijke aanpassing betekenen dat de lening reeds van stond af aan wordt geacht te functioneren als eigen vermogen. Ervan uitgaande dat de verlenging van de looptijd kwalificeert als een nieuw feit, zal er bij de debiteur kunnen worden nagevorderd over een termijn van vijf jaar. Dit roept de vraag op, of deze navordering bij de debiteur er tevens met terugwerkende kracht voor zorgt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de rentebaten die de crediteur reeds heeft ontvangen. Normaliter zal het aanslagtraject voor de crediteur echter al (in ieder geval voor een aantal jaar) zijn afgerond en is bezwaar dan (afgezien van ambtshalve bezwaar) niet meer mogelijk. Tevens is het de vraag wat er moet gebeuren met afwaarderingen die reeds ten laste van de winst van de crediteur zijn geschied.

56. Opgemerkt zij dat een hybride vordering niet alleen onder de deelnemingsvrijstelling kan komen te vallen door de aankoop van een (kwalificerend) pakket aandelen. Ook door relatief kleine uitbreidingen (waardoor een pakket boven de 5%-grens komt van art. 13, lid 2), de overgang van het houden ter belegging naar het houden niet ter belegging, het voldoen aan de grondslageis etc. kan de deelnemingsvrijstelling van toepassing worden. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor het verliezen van de deelnemingsstatus.

57. Twee voorbeelden van compartimenteringsjurisprudentie: HR 19 juni 1991, BNB 1991/268 en HR 18 maart 1992, BNB 1992/195.

58. Vergelijk Bouwman, J.N.; Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001, blz. 71, respectievelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 147. Overigens vraagt Brandsma zich af, of de Hoge Raad wel compartimentering zal willen toepassen op hybride vorderingen.

59. Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 147 e.v.

Tegenover de stelling dat de hybride vordering permanent moet worden getoetst, werpt Brandsma op dat er ook een argument valt te geven voor statische toetsing. Als ik Brandsma goed begrijp kan uit de 2002-tekst van art. 13, lid 3, onderdeel b namelijk worden afgeleid, dat voor de kwalificatie van de vordering slechts de positie van de debiteur van belang is. Ik heb moeite om deze gedachtelijn te volgen. Mijns inziens zijn er namelijk twee criteria voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een hybride vordering, te weten:

1. kwalificatie lening bij de debiteur; en
2. een kwalificerend belang voor toepassing deelnemingsvrijstelling.

Indien wordt voldaan aan deze twee cumulatieve criteria, vindt de deelnemingsvrijstelling toepassing. Als de kwalificatie van de lening bij de debiteur met terugwerkende kracht wordt aangepast, dan lijkt het mij – hoewel de wettelijke basis lijkt te ontbreken – redelijk dat dit ook geschiedt voor de crediteur. Als dan tevens wordt voldaan aan de tweede eis, zou de deelnemingsvrijstelling van toepassing moeten zijn bij de crediteur op (onder meer) de ontvangen rentebaten. Het enige ontbrekende is (overigens niet onbelangrijk) een formele rechtsingang om de teveel geheven belasting terug te vragen. Dit betekent dat er een discrepantie kan ontstaan tussen de behandeling van de rentelasten bij de debiteur en de rentebaten bij de crediteur. Ik kan mij wel vinden in Brandsma's opmerking dat het nog maar zeer de vraag is of een inspecteur in voorkomende gevallen zal overgaan tot ambtshalve vermindering (art. 65 AWR) op het niveau van de crediteur.

5.3.2.3 Deelnemingsvrijstelling bij buitenlandse debiteur⁶⁰

Bewijslast rust op crediteur

De deelnemingsvrijstelling kan niet alleen van toepassing zijn op een 'binnenlandse' hybride vordering, maar op grond van art. 13, lid 3, onderdeel b, tweede volzin ook op een hybride vordering op een niet in Nederland gevestigd lichaam. Voor de toepassing in grensoverschrijdende situaties geldt overigens wel de additionele eis dat de crediteur aannemelijk dient te maken, dat de vergoeding op die schuldvordering bij de belastingheffing over de winst bij de schuldenaar buiten aanmerking blijft in het andere land, omdat de schuld bij de schuldenaar daar wordt behandeld als eigen vermogen. Getuige de MvT en de Nota navv is een aanvullende eis voor buitenlandse crediteuren opgenomen, om double-dipstructuren tegen te gaan.⁶¹ Wellicht ten

60. In paragraaf 5.8 ga ik nog in op de EU-rechtelijke aspecten van deze bepaling.

61. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 28 en Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 20. Onder een double-dipstructuur verstaat de staatssecretaris dat een vergoeding niet wordt belast in Nederland, terwijl deze vergoeding wel aftrekbaar is in het andere land. Overigens zij hierbij opgemerkt dat de tekst tot 1 januari 2003 niet de toevoeging 'omdat aldaar de schuld bij de schuldenaar wordt behandeld als eigen vermogen' kende. Op basis van de oude tekst werd in Nederland namelijk ook de deelnemingsvrijstelling verleend in situaties waarin de rente in het buitenland om heel andere redenen niet aftrekbaar was. Met ingang van 1 januari 2003 is dit niet langer het geval. Terecht merken Bobeldijk en Hofman in Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Over hybride vorderingen en de samenloop met de deelnemingsvrijstelling – ook na de derde Veegwet is de wetgever →

overvloede merk ik op dat een dergelijke aanvullende eis niet geldt voor deelnemersvorderingen, schijnvorderingen en bodemlozeputvorderingen.

Tijdens de parlementaire behandeling stelden VVD-fractieleden de vraag hoe een Nederlandse schuldeiser – die een lening als bedoeld in art. 10, lid 1, onderdeel d heeft verstrekt aan een in het buitenland gevestigd lichaam – in het kader van het claimen van de deelnemingsvrijstelling (art. 13, lid 3) aannemelijk kan maken, dat de vergoeding op de lening buiten aanmerking blijft bij de belastingheffing over de winst bij het buitenlandse lichaam. Volgens de wetgever kan dit worden aangetoond door middel van de administratie en belastingaangifte met aanslagen van de buitenlandse schuldenaar.⁶² Hierbij merkte hij op dat, aangezien het een gelieerde vennootschap betreft, het onderling verstrekken van de desbetreffende informatie geen probleem met zich zou hoeven brengen. Dit is evenwel niet altijd even eenvoudig.

Zo komt toepassing van de deelnemingsvrijstelling in beginsel reeds aan de orde, indien naast de hybride lening een aandelenbezit wordt gehouden van ten minste 5%. Bij een dergelijk minderheidspakket zal het niet altijd eenvoudig zijn de benodigde informatie boven tafel te krijgen.⁶³ Verder is het de vraag hoe de Nederlandse crediteur dient te handelen, indien de kwalificatie van de lening (en daarmee de renteaftrek) in het buitenland onderwerp is van discussie met de inspecteur of onderwerp is van een procedure. Vallen de rentebaten dan in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling en wordt de deelnemingsvrijstelling later teruggenomen, indien uiteindelijk blijkt dat de rente wel aftrekbaar is op het niveau van de debiteur? Het lijkt mij meer voor de hand te liggen, dat de rente in eerste aanleg niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. De reden hiervoor is dat de crediteur niet aannemelijk kan maken dat de vergoeding op die schuldvordering bij de belastingheffing over de winst buiten aanmerking blijft bij de schuldenaar in het andere land (omdat de schuld daar bij de schuldenaar wordt behandeld als eigen vermogen). Iets dat onderwerp is van discussie met de fiscus of van een procedure staat immers niet op voorhand vast. De rentebaten lijken dan ook in eerste instantie te moeten worden belast. Het is echter de vraag of er een (ambtshalve) vermindering plaatsvindt, zodra komt vast te staan dat de buitenlandse crediteur de rentelasten niet in aftrek op haar winst kan brengen omdat de geldverstrekking feitelijk wordt behandeld als eigen vermogen. Ambtshalve vermindering door de inspecteur lijkt namelijk de enige mogelijkheid te zijn om

→ nog niet uitgeveegd, MBB 2002/309, op dat de 'aldaar-eis' nadelige gevolgen met zich kan brengen in situaties waarin een hybride lening moet worden toegerekend aan een vaste inrichting. Indien de rente namelijk niet aftrekbaar is in het land van de vaste inrichting – omdat de lening wordt behandeld als eigen vermogen – dan is de deelnemingsvrijstelling naar de letter van de wet niet van toepassing op deze lening, aangezien de schuld niet bij het lichaam/schuldenaar wordt behandeld als eigen vermogen. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen* (verstrekt aan lichamen), *Fiscale monografieën* nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 153.

62. Nota navv, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 27.

63. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen* (verstrekt aan lichamen), *Fiscale monografieën* nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 154. Toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een hybride lening is zelfs nog mogelijk bij een nog kleiner aandelenbelang. Ook een oneigenlijke deelneming kan immers een hybride lening meetrekken.

deze discrepantie weer recht te trekken, aangezien de bezwaartermijnen voor de crediteur doorgaans lang en breed zullen zijn verstreken na een lange discussie en/of procedure in het buitenland. Deze problematiek is niet aan de orde geweest tijdens de parlementaire behandeling, maar lijkt mij zo belangrijk dat de wetgever hierover meer duidelijkheid zou moeten verschaffen. Een wetswijziging waarin een en ander wordt vastgelegd, lijkt mij hierbij te prefereren. Ook zou dan aandacht kunnen worden besteed aan – of beter geformuleerd: een oplossing worden geboden voor – situaties waarin leningen in het buitenland achteraf worden geherkwalificeerd, vergelijk art. 10, lid 3.

Verdeling bewijslast niet altijd nadelig

In voorkomende gevallen kan het gunstig zijn dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, zoals de situatie van het afwaarderen van een hybride vordering. Als een hybride vordering samen met een kwalificerend aandelenpakket valt onder de deelnemingsvrijstelling, leidt de afwaardering van deze vordering tot namelijk niet tot een aftrekbaar verlies voor de crediteur. Latere opwaarderingen zijn evenmin belast. In dit kader is het opvallend dat een belastingplichtige in buitenlandse verhoudingen in wezen een keuzerecht heeft voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Art. 13, lid 3, onderdeel b laat er namelijk geen misverstand over bestaan dat de deelnemingsvrijstelling slechts van toepassing is, indien '*de belastingplichtige*' aannemelijk maakt dat er bij de debiteur geen aanspraak bestaat op renteaftrek. Wil een belastingplichtige in voorkomende gevallen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, dan hoeft zij niet aannemelijk te maken dat de debiteur de rente niet mag aftrekken.⁶⁴ De inspecteur kan haar daartoe evenmin verplichten. Indien de inspecteur zelf aannemelijk weet te maken dat er op het niveau van de debiteur geen renteaftrek plaatsvindt, omdat de lening daar wordt behandeld als vreemd vermogen – en de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou kunnen zijn als de belastingplichtige dit aannemelijk zou hebben gemaakt – dan is de deelnemingsvrijstelling mijns inziens evenmin van toepassing. Dat dit oneigenlijk gebruik in de hand werkt, laat zich raden.⁶⁵ Eventueel misbruik kan voor een belangrijk deel worden voorkomen door in art. 13, lid 3, onderdeel b op te nemen dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is, indien de inspecteur aannemelijk maakt dat de debiteur de rente niet ten laste van de winst kan brengen, aangezien de lening bij de buitenlandse debiteur wordt geacht feitelijk te functioneren als eigen vermogen.

5.3.2.4 *Bijzondere situaties*

Verliessituaties

Tijdens de parlementaire behandeling kwam ook aan de orde, hoe fiscaal dient te worden omgegaan met de situatie waarin de hybride lening wordt verstrekt door

64. Vergelijk Bouwman, J.N.; Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 73 en van Eijdsen, J.A.R.; Enkele gevolgen van het gelijkgeschakelen van een hybride schuldvordering met een deelneming, WFR 2002/1704.

65. Met art. 13b, art. 13ba en art. 13bb kunnen excessen normaliter wel worden bestreden.

een crediteur die is gevestigd in een land dat geen belastingheffing naar de winst kent. Voorts is aandacht besteed aan de vraag, hoe moet worden aangekeken tegen situaties waarin de rente op een lening in het land van de crediteur voor de belastingheffing kan worden gecompenseerd met verliezen.⁶⁶ Terecht merkte de wetgever hierover op, dat het in deze situaties een Nederlandse schuldenaar betreft en dat de fiscale positie van de schuldeiser niet van belang is voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d bij de debiteur. Mits is voldaan aan de voorwaarden, vindt in deze situaties art. 10, lid 1, onderdeel d toepassing.

In de omgekeerde situatie van een Nederlandse vennootschap/crediteur en een niet aan een belasting naar de winst onderworpen buitenlandse deelneming/debiteur zal de deelnemingsvrijstelling normaliter (behoudens tijdelijke vrijstellingen) niet van toepassing zijn.⁶⁷ Bij een wel onderworpen buitenlandse schuldenaar die in een verliessituatie verkeert, is de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden. Dit geldt dan ook voor de hybride lening, mits de rentelasten in het buitenland niet aftrekbaar zijn omdat de schuld daar wordt behandeld als eigen vermogen.

Thin-capitalisationwetgeving

Voorts ontstaat de vraag hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin de rente bij de buitenlandse debiteur slechts ten dele niet aftrekbaar is, bijvoorbeeld door thin-capitalisationwetgeving. Tot de wijziging van art. 13, lid 3 per 1 januari 2003 bracht deze bepaling met zich dat de deelnemingsvrijstelling slechts van toepassing kon zijn, indien de rente in het geheel niet ten laste van de winst van de schuldenaar kon worden gebracht.⁶⁸ Met ingang van 1 januari 2003 is deze 'alles of niets-benadering' evenwel vervangen door de door Nielke, De Gunst en Van der Linde (terecht) bepleite 'voor zover-benadering'. Deze 'voor zover-benadering' betekent dat de deelnemingsvrijstelling in voorkomende gevallen partieel wordt toegepast.⁶⁹ Daarmee is mijns inziens overigens niet gezegd dat – hoewel in de MvT wordt gesproken over thin capitalisation – de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op leningen die onder een buitenlandse thin-capitalisationbepaling vallen. Art. 13, lid 3, onderdeel b bepaalt namelijk dat de deelnemingsvrijstelling slechts van toepassing is voor zover de belastingplichtige/crediteur aannemelijk maakt dat in het andere land de vergoeding op de hybride lening bij de belastingheffing over de winst buiten aanmerking blijft bij de schuldenaar, omdat de schuld daar wordt behandeld als eigen vermogen. Kijkend naar het Nederlandse art. 10d, geldt mijns inziens niet dat rente ingevolge art. 10d niet aftrekbaar is omdat een lening niet wordt aanmerkt als 'eigen vermogen'. Art. 10d, lid 1 geeft namelijk slechts aan dat bepaalde rente niet in aftrek komt,

66. Nota navv Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 034, blz. 28.

67. Vergelijk paragraaf 1.2.4.4 inzake tax holidays, van het Besluit van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, V-N 2006/11.19. Zie evenwel de in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' voorgestelde wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling.

68. Voor commentaar op deze benadering zie: Nielke, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

69. Vergelijk MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 41.

maar niet dat bepaalde leningen worden beschouwd als, of gelijkgesteld met, eigen vermogen.⁷⁰ Evenmin wordt bepaald dat de niet-aftrekbare rente moet worden gezien als dividend. Indien in het buitenland een bepaling ontbreekt die wat betreft de strekking vergelijkbaar is met art. 10, lid 1, onderdeel d en men een thin-capitalisatiewetgeving toepast die vergelijkbaar is met de Nederlandse wetgeving, vraag ik mij af of en in hoeverre de deelnemingsvrijstelling van toepassing wordt verklaard op een hybride lening die is verstrekt door een Nederlandse moedermaatschappij aan haar in het buitenland gevestigde dochter. De beperking van renteaftrek in het buitenland geschiedt immers niet omdat de uit Nederland ontvangen lening moet worden beschouwd als eigen vermogen, maar omdat de debiteur in totaal te veel vreemd vermogen heeft.

Geen deelnemingsvrijstelling voor renteloze hybride lening

Niet alle hybride leningen kunnen de deelnemingsvrijstelling worden 'ingetrokken' met een kwalificerend aandelenpakket. Leningen die kwalificeren als een 10-1-d lening op grond van art. 10, lid 4 worden met ingang van 1 januari 2003 namelijk in art. 13, lid 3, onderdeel b, eerste volzin expliciet uitgesloten van de deelnemingsvrijstelling. De wetgever beperkt de deelnemingsvrijstelling in situaties waarin geen (zakelijke) rente is overeengekomen, vooral om het inspelen op internationale kwalificatieverschillen te voorkomen. Volgens de wetgever heeft bij het ontbreken van een vergoeding op een lening van een Nederlandse moeder aan een buitenlands lichaam in het land van de schuldenaar namelijk doorgaans geen vaststelling plaatsgevonden, waaruit kan worden afgeleid of de lening daar feitelijk functioneert als eigen vermogen.⁷¹ Hoewel dit in sommige landen wellicht het geval zal zijn, is het ook mogelijk dat landen een met Nederland vergelijkbaar systeem hanteren.

Het moge zo zijn dat de debiteur geen belang heeft bij het vaststellen van een zakelijke vergoeding op een hybride lening (er van uitgaande dat het land van de debiteur een met Nederland vergelijkbare wetgeving heeft). Dit neemt niet weg dat de wetgever meent dat bij het verstrekken van een renteloze hybride lening de vergoeding op grond van art. 8b op arm's-lengthbasis dient te worden vastgesteld. De wetgever acht het evenwel niet gewenst om eenzijdig afstand te doen van het Nederlandse recht om op basis van het arm's-lengthbeginsel te heffen over een vergoeding, zoals die in vergelijkbare situaties tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Een dergelijke eenzijdige afstand van het Nederlandse heffingsrecht zou ontstaan als zonder enige nadere beoordeling de deelnemingsvrijstelling zou worden toegepast.⁷² Voor (internationale) situaties waarin dubbele heffing ontstaat vanwege het niet-toepassen van de deelnemingsvrijstelling door Nederland, zou volgens de wetgever de oplossing kunnen worden gevonden in een overleg tussen de

70. Voorts valt in de Nederlandse situatie niet te identificeren, welke lening ingevolge art. 10d besmet is. In hoofdstuk 7 ga ik hier nog uitgebreid op in.

71. MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 41.

72. MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 41. Deelnemingsvrijstelling komt evenmin aan de orde bij een onzakelijke vergoeding ex art. 10, lid 4, onderdeel b.

betrokken verdragspartijen.⁷³ Als dan komt vast te staan dat de lening feitelijk functioneert als eigen vermogen, en de rente in dat verband niet aftrekbaar is in het verdragsland, is Nederland bereid alsnog de deelnemingsvrijstelling toe te passen op de ontvangen rentebaten (mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden).

De gekozen benadering acht ik evenwel niet wenselijk. Ten eerste ligt het in de lijn der verwachting dat een overlegprocedure de nodige tijd in beslag neemt. Gedurende die tijd kan de belastingplichtige niet over 'haar' geld beschikken. Daarenboven is de uitkomst van een dergelijke procedure niet toetsbaar door de rechter. Een overlegprocedure brengt dus de nodige (rechts)onzekerheid met zich. Ten slotte bestaat ook de mogelijkheid dat – hoewel Nederland een uitgebreid verdragennetwerk heeft – een hybride lening wordt verstrekt aan een debiteur die in een niet-verdragsland is gevestigd. Dubbele heffing kan dan niet worden voorkomen. Het BvdB biedt daarvoor namelijk onvoldoende mogelijkheden. Belastingplichtigen staat mijns inziens dan nog slechts een beroep op de hardheidsclausule open. Het succes dat hiervan mag worden verwacht, lijkt mij echter gering.⁷⁴

Hoewel ik een voorstander ben van het schrappen van art. 10, lid 4 – waardoor de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn op renteloze leningen zonder vaste looptijd of met een looptijd van meer dan tien jaar en voornoemd probleem in het geheel niet aan de orde zou zijn – zie ik nog wel een andere oplossing voor de dubbele heffing. Te denken valt aan een tegenbewijsregeling voor belastingplichtigen, op grond waarvan belastingplichtigen aannemelijk kunnen maken dat de fictieve rente niet ten laste van de winst mag worden gebracht bij de buitenlandse debiteur omdat de lening wordt geacht feitelijk te functioneren als eigen vermogen.

Hoewel het niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling op hybride leningen ex art. 10, lid 4 is gericht op het voorkomen van 'misbruik' in internationale situaties, is de beperking van de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing op zuiver nationale leningen, zodat economische dubbele heffing ook in binnenlandse situaties kan optreden. In de Tweede Kamer is dit punt dan ook terecht aan de orde gekomen. De wetgever merkte daarover op dat deze dubbele heffing (uiteraard) niet was beoogd.⁷⁵ Voor situaties waarin dubbele heffing zich daadwerkelijk zou voordoen, zegde de wetgever toe daarvoor een oplossing te zoeken met behulp van de hardheidsclausule in deelnemingsverhoudingen.⁷⁶ Daarbij gaf hij aan, dat het in binnenlandse situaties veelal niet zo'n vaart zal lopen vanwege het feit dat de crediteur en

73. MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 42.

74. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen* (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 157.

75. Nota navv TK, 2002-2003, 28 487, blz. 25.

76. Deze oplossing bestaat naar alle waarschijnlijkheid uit het van toepassing verklaren van de deelnemingsvrijstelling op de hybride lening, in gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen* (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 157 en vergelijk ook van Eijdsen, J.A.R.; *Enkele gevolgen van het gelijkschakelen van een hybride schuldverordering met een deelneming*, WFR 2002/1704. Overigens is het de vraag in hoeverre een beroep op de hardheidsclausule voor belastingplichtigen in de praktijk succesvol zal zijn.

de debiteur zijn gevoegd in een fiscale eenheid.⁷⁷ Deze fiscale-eenheidoplossing komt echter alleen aan de orde, indien er een aandelenbelang is van meer dan 95% (en tevens wordt voldaan aan de overige voorwaarden). Daarenboven zouden belastingplichtigen mijns inziens niet min of meer moeten worden gedwongen een fiscale eenheid aan te gaan om de dubbele heffing te vermijden.⁷⁸ Ook in de situatie waarin belastingplichtigen een fiscale eenheid zouden kunnen vormen – maar dit om hen moverende redenen niet doen – zou mijns inziens de deelnemingsvrijstelling dan wel een andere praktische oplossing (ingevolge de hardheidsclausule) toepassing dienen te vinden. Overigens verdient het mijn voorkeur om belastingplichtigen niet afhankelijk te laten zijn van toepassing van de hardheidsclausule, maar om toepassing van de deelnemingsvrijstelling in voornoemde situaties in de wet op te nemen. Indien de wetgever dit wenselijk acht, kan tevens flankerende een antimisbruikbepaling worden opgenomen.

In situaties van art. 10, lid 4 is toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet verplicht; de belastingplichtigen behoeven geen een beroep te doen op de hardheidsclausule. Er zijn situaties denkbaar waarin een belastingplichtige een dergelijk beroep achterwege zal laten. Hierbij valt met name te denken aan situaties waarin de hybride lening onvolwaardig wordt. Latere opwaardering zal dan overigens zeer waarschijnlijk wel zijn belast. Nog los van antimisbruikwetgeving leidt een beroep op art. 63 AWR (hardheidsclausule) namelijk niet tot de gewenste onbelaste opwaardering omdat de minister (bij monde van de wetgever) naar alle waarschijnlijkheid – mijns inziens terecht – van mening zal zijn dat hier geen sprake is van onbillijkheden van overwegende aard.

Indirecte situaties

Indien een moeder een hybride lening verstrekt aan een kleindochter waarin zij middellijk 100% houdt, valt deze hybride lening naar de letter van de wet niet onder de deelnemingsvrijstelling. De crediteur heeft namelijk geen deelneming in de debiteur. Dit is in ieder geval de lezing die de wetgever voorstaat. Hij is daarom niet bereid om indien een grootmoeder een hybride lening verstrekt aan een kleindochter, art. 13, lid 3, onderdeel b (bij wijze van tegemoetkoming) van toepassing te verklaren.⁷⁹ Om dubbele heffing te voorkomen geef ik echter de voorkeur aan het van toepassing verklaren van de deelnemingsvrijstelling in deze indirecte situaties. Hiertoe zou een parallel kunnen worden getrokken met de aanmerkelijkbelangregeling voor de Wet IB 2001. Een belastingplichtige heeft namelijk een aanmerkelijk belang indien hij *'direct of indirect'* voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is. Verder zij in dit verband verwezen naar art. 15 (de fiscale eenheid), dat bepaalt

77. Nota navv, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 26.

78. Er zijn immers verschillende redenen denkbaar waarom een dochter niet (direct) wordt gevoegd in een fiscale eenheid, vergelijk art. 10d, art. 13d, art. 15ab en art. 15aj, lid 6.

79. Besluit 9 februari 2004, nr. CPP 2003/2240M (herdruk van het Besluit 11 augustus 2003/1611M) vraag 1.3.3, V-N 2004/13.14. De redactie van Vakstudie-Nieuws (V-N 2004/13.14) geeft aan dat de praktijk zich doorgaans wel zal weten te redden, bijvoorbeeld door de hybride lening 'door de tussenhoudster te laten lopen'. Hoewel aan een dergelijke figuur enige praktische bezwaren kleven, kan dit in voorkomende gevallen wel een oplossing zijn.

dat ook (achter)kleindochters deel kunnen uitmaken van de fiscale eenheid met de (over)grootmoeder.⁸⁰

Voor genoemd probleem roept de vraag op, hoe in indirecte situaties moet worden aangekeken tegen jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen. Ten aanzien van schijnleningen en bodemlozeputleningen acht ik het zeer wel verdedigbaar dat rentebetalingen⁸¹ door een kleindochter aan haar grootmoeder worden gezien als verkapte dividenduitkeringen door de dochtervennootschap. Indirect dividend uitkeren is immers niet mogelijk. Ten aanzien van een deelnemerschapslening ligt dit vraagstuk enigszins genuanceerder. Hier doet zich namelijk de vraag voor, hoe een deelnemerschapslening moet worden gekwalificeerd. Indien feitelijke herkwalificatie achterwege blijft, valt te verdedigen dat een indirecte rentebetaling mogelijk is. Deze zou dan – conform de behandeling van een rentebetaling op een hybride lening – niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Het lijkt mij echter beter passend in het systeem om de deelnemerschapslening in zo'n situatie aan te merken als informeel kapitaal, dat via de dochter in de kleindochter is gestort. Rentebetalingen kwalificeren dan als verkapte dividenduitkeringen via de dochtermaatschappij (tussenhouder), zodat de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou moeten zijn op deze betalingen.

5.3.2.5 *Deelnemerschapslening naast hybride lening?*

Mijns inziens is het niet mogelijk om na de invoering van de hybride leningwetgeving een lening aan te gaan die voldoet aan de voorwaarden voor een deelnemerschapslening (BNB 1998/208), maar die niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van art. 10, lid 2. Het omgekeerde is daarentegen wel mogelijk. Dit roept de vraag op of er na de invoering van de hybride leningwetgeving nog wel zelfstandige betekenis toekomt aan de deelnemerschapslening.⁸² Voor overgangssituaties wil ik deze vraag zonder meer bevestigend beantwoorden. Voor oude deelnemerschapsleningen die (in ieder geval) vanwege toepassing van het overgangsrecht niet onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen, blijft de uitzondering deelnemerschap van toepassing en is de rente niet aftrekbaar op het niveau van de debiteur. Voor leningen die zijn aangegaan ná de invoering van de hybride leningwetgeving zou dit niet anders moeten zijn. De herkwalificatie van een lening tot kapitaal ex BNB 1988/217 dient mijns inziens namelijk vooraf te gaan aan toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. Dit betekent dat deze bepaling naar de ratio en naar de letterlijke tekst niet van toepassing kan zijn, omdat de betalingen op bijvoorbeeld een deelnemerschapslening niet kwalificeren als '*vergoedingen op een geldlening*' maar als vergoedingen op een kapitaalverstrekking. Art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. vormt als zodanig

80. In art. 15, lid 2 is namelijk bepaald dat ook bij een middellijk bezit van 95% van de aandelen de vorming van een fiscale eenheid mogelijk is, mits vanzelfsprekend wordt voldaan aan de overige voorwaarden. Voorwaarde is wel dat de aandelen worden gehouden door een vennootschap die deel uitmaakt van de fiscale eenheid.

81. Opgemerkt zij wel dat rentebetalingen op bodemlozeputleningen niet voor de hand zullen liggen.

82. Vergelijk in dit verband tevens Van der Linden, M.H.G.M. & Hu, H.L.; De deelnemerschapslening heeft de broedermoord van art. 10-1-d Wet VPB 1969 overleefd, WFR 2004/1156.

dan ook geen codificatie van de deelnemerschapslening, maar een wettelijke bepaling die de gevolgen van de BNB 1998/208 moet mitigeren.

5.4 Uitzonderingen van BNB 1988/217 en dividendbelasting

Ingevolge art. 3, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 is iedere onmiddellijke of middellijke uitdeling van winst, onder welke naam of in welke vorm ook gedaan, onderworpen aan de dividendbelasting. Dit betekent dat niet alleen formele dividenden, maar ook verkapte/vermomde winstuitdelingen onder het heffingsbereik van de dividendbelasting vallen. In hoofdstuk 3 gaf ik reeds aan, dat ingevolge onder meer BNB 1988/217, de 'rentebetalingen' op een schijnlening, een bodemlozeputlening en een deelnemerschapslening voor de vennootschapsbelasting als dividend moeten worden aangemerkt. Art. 3, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 lijkt er op te wijzen dat vergoedingen op deze leningen zijn onderworpen aan dividendbelasting. Hiervoor is wel noodzakelijk dat de herkwalficatie voor de vennootschapsbelasting doorwerkt naar de Wet DB 1965.⁸³ Het lijkt mij echter aannemelijk dat de herkwalficatie tevens geldt voor de dividendbelasting, ik zie althans geen redenen waarom dat anders zou (moeten) zijn.⁸⁴ Ervan uitgaande dat art. 3, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 inderdaad van toepassing is op vergoedingen op 'leningen' ex BNB 1988/217, blijft de toepassing van art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 (oud) beperkt tot niet geherkwalficeerde leningen.⁸⁵

5.5 Dividendbelasting en hybride leningen

5.5.1 Welke bepaling is van toepassing?

Hoewel voor de vennootschapsbelasting een hybride lening wordt geacht te functioneren als eigen vermogen, blijft de lening een lening.⁸⁶ Ervan uitgaande dat dit eveneens geldt voor de Wet DB 1965, kan art. 3, lid 1, onderdeel a, kan deze wet geen toe-

83. Vergelijk Niekel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117.

84. Vergelijk in dit verband De Vries, R.J.; Economische tegenwind en fiscaliteit: kwijschelding, omzetting en hybridisering van (onvolwaardige) vorderingen, TFO 2004/3: 'Indien het aanmerken als eigen vermogen op grond van meergenoemde jurisprudentie inderdaad meebrengt dat art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 niet van toepassing is op deelnemerschapsleningen, kan dan op de vergoeding die wordt betaald op dergelijke geldleningen eigenlijk wel dividendbelasting worden ingehouden? Die vraag zonder meer met "nee" beantwoorden, lijkt mij voor betwisting vatbaar. Dergelijke geldleningen dienen immers fiscaal (en daarmee ook voor de dividendbelasting) als eigen vermogen te worden bestempeld. Slechts wanneer het uit dit fiscale kapitaal genoten voordeel ook niet als opbrengst uit een aandeel of een winstbewijs zoals bedoeld in art. 1 Wet DB 1965 kan worden beschouwd, is heffing van dividendbelasting niet mogelijk'.

85. Op het huidige art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 ga ik in paragraaf 5.5 nader in.

86. In dit verband wijs ik bijvoorbeeld op art. 10d. Tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling heeft de wetgever namelijk expliciet aangegeven, dat voor toepassing van art. 10d een hybride lening niet als een kapitaalstorting heeft te gelden, zie bijvoorbeeld NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

passing vinden. De vergoeding op een hybride lening valt evenwel onder het heffingsbereik van de dividendbelasting. Art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet (in combinatie met art. 1, lid 1 en art. 2) DB 1965 bepaalt namelijk dat vergoedingen op hybride leningen zijn onderworpen aan dividendbelasting. De heffing van dividendbelasting is niet beperkt tot de het winstafhankelijke deel van de vergoeding. Ook het vaste deel van de vergoeding valt onder het heffingsbereik. Hiermee wijkt het huidige art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 overigens niet af van zijn voorganger. Op grond van deze bepaling was namelijk de rente van obligaties waarop uitkeringen kunnen geschieden – die hetzij van de winst, hetzij van de uitdelingen van winst afhankelijk zijn – onderworpen aan de heffing van dividendbelasting, ongeacht of het een winstafhankelijke of vaste rente betrof.⁸⁷ Hierbij komt nog wel de vraag op hoe voor de dividendbelasting moet worden omgegaan met een hybride lening ex art. 10, lid 4.

In de parlementaire geschiedenis is deze vraag door de wetgever als volgt beantwoord: *‘Dividendbelasting wordt ingevolge een voorgestelde wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965 mede geheven naar de opbrengst van artikel 10, lid 1, onderdeel d, leningen. Het object van heffing is de daadwerkelijk aan de schuldeiser voldane rentevergoeding. Artikel 10, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 corrigeert een onzakelijke vergoeding niet tot een zakelijk niveau, doch bepaalt dat alsdan voor de toepassing van het tweede lid van dat artikel winstafhankelijkheid wordt verondersteld. Dividendbelasting over een fictieve vergoeding is derhalve niet aan de orde’.*⁸⁸

Een belangrijk verschil tussen de huidige en de oude regeling, is dat heffing van dividendbelasting nu slechts aan de orde komt, indien de lening een looptijd heeft van meer dan tien jaar.⁸⁹ Verder wijzen Niel, De Gunst en Van der Linden er op dat de nieuwe bepaling een uitbreiding betekent omdat de term ‘obligaties’ is vervangen door het meeromvattende begrip ‘geldleningen’.⁹⁰ Hoewel ik deze opmerking tekstueel correct acht, leek het – gelet op (het voor de vennootschapsbelasting gewezen) HR 5 juni 1957, BNB 1957/239 – verdedigbaar om ook het begrip obligaties voor de dividendbelasting ruim uit te leggen.⁹¹

87. Voor een nadere beschouwing van het oude art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB en de verschillen met de huidige regeling verwijs ik naar Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 53 e.v. en blz. 209 e.v.

88. Nota navv, TK 2001-2002, 28 034, blz. 50.

89. Behoudens de situatie dat geen vaste looptijd is overeengekomen. Een dergelijke lening kan immers ook onder art. 10, lid 1, onderdeel d vallen.

90. Niel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117, vergelijk ook Peters, M.J.; Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur, WFR 2002/268.

91. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 58.

5.5.2 *De inhoudingsvrijstellingen dividendbelasting*

In de artt. 4 en 4a, Wet DB 1965 zijn thans ook inhoudingsvrijstellingen opgenomen ten aanzien van hybride leningen.⁹² Dit betekent dat de debiteur geen dividendbelasting hoeft in te houden in situaties waarin een vergoeding op een hybride lening onder de deelnemingsvrijstelling valt. Dividendbelasting behoeft evenmin te worden ingehouden, indien de Moeder-dochterrichtlijn van toepassing is op de betaling van een vergoeding. In situaties waarin de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt, vindt de inhoudingsvrijstelling evenmin toepassing.⁹³

Dit geldt naar de letter van de wet ook, indien de crediteur en de debiteur van een hybride lening als moeder en dochter zijn gevoegd in een fiscale eenheid. Tussen crediteur en debiteur ontbreekt immers een deelnemingsrelatie, vergelijk HR 4 juni 1986, BNB 1986/282. In lijn met zijn toezegging van 26 september 1986, nr. 286-879 II, V-N 1986/2536, gaf de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling aan dat de inhoudingsvrijstelling ook kan worden toegepast op een hybride lening die door een fiscale eenheidsmoeder is verstrekt aan haar dochter.⁹⁴

5.6 **Leningen ex BNB 1988/217 en hybride leningen in internationaal perspectief**

5.6.1 *Economisch dubbele heffing en 'corresponding adjustments'*

Het is van belang te weten hoe leningen ex BNB 1988/217 en hybride leningen kwalificeren in internationale verhoudingen. Internationale kwalificatieverschillen kunnen namelijk leiden tot dubbele belasting, dan wel tot het ontstaan van een heffingsvacuüm.⁹⁵ Ten aanzien van leningen die naar Nederlands recht worden aangemerkt als een hybride lening, is dubbele heffing in beginsel nog wel mogelijk. De mogelijkheid voor een heffingsvacuüm lijkt echter afgedicht gelet op art. 13, lid 3.

In art. 9 OESO-Modelverdrag worden (standaard)regels gegeven ten aanzien van de belastingheffing van gelieerde partijen. Bij de toelichting op dit artikel overweegt de commissie – onder verwijzing naar Report on Thin Capitalisation van de Committee on Fiscal Affairs⁹⁶ – onder meer dat art. 9 OESO-Modelverdrag niet alleen van belang is om te bepalen of de overeengekomen rente wel at arm's length is, maar ook of een 'prima-facielening' daadwerkelijk moet worden gezien als een lening of dat deze

92. Overigens had de wetgever aanvankelijk verzuimd om de inhoudingsvrijstelling ook voor hybride leningen van toepassing te verklaren. Dit is ook in de Eerste Kamer aan de orde gesteld, Nota navv, EK, 2001-2002, 28 034, blz. 11. Dit verzuim heeft hij in art. XVII, lid 6, Veegwet 3 met terugwerkende kracht gerepareerd, zie ook MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 51.

93. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 212.

94. MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 51.

95. Vergelijk voor een voorbeeld van een heffingsvacuüm BNB 2006/82.

96. Aangenomen door de Raad van de OESO op 26 november 1986 en opnieuw uitgebracht in deel II van de losbladige versie van de OESO Model Tax Convention, blz. R(4)-1.

moet worden aangemerkt als bijvoorbeeld een verstrekking van kapitaal. De herkwalficatie van een transactie – bijvoorbeeld van een lening tot kapitaal – kan economisch dubbele heffing met zich brengen.⁹⁷ Economisch dubbele heffing is overigens niet beperkt tot de situatie van de herkwalficatie van vermogensverstrekkingen. In de situatie waarin bij een goederenleverantie een onzakelijk lage prijs is overeengekomen tussen gelieerde vennootschappen die in verschillende landen zijn gevestigd, zal het land waar de verkoper is gevestigd de prijs willen corrigeren tot een zakelijk niveau. Indien het land waar de kopende partij is gevestigd deze correctie niet overneemt, is er sprake van economisch dubbele heffing. In art. 9, lid 2, OESO-Modelverdrag is opgenomen dat de staat waar de kopende partij is gevestigd, de belastingheffing toepast op de fictief hogere prijs, wat resulteert in een lagere winst dan wel groter verlies. Een dergelijke aanpassing wordt in de internationale literatuur een ‘corresponding adjustment’ genoemd. Opgemerkt wordt evenwel dat de staat waar de koper is gevestigd slechts dan een aanpassing/corresponding adjustment hoeft door te voeren, indien deze staat de aanpassing in andere staat zowel kwalitatief als kwantitatief accepteert. Indien er onenigheid bestaat tussen partijen over het karakter en de hoogte van de aanpassing, kan art. 25 OESO-Modelverdrag (mutal agreement procedure) uitkomst brengen.⁹⁸

Art. 9 en art. 25 bieden geen volledige oplossing voor grensoverschrijdende kwalificatieverschillen.⁹⁹ In OESO-verband is onderkend dat dergelijke verschillen die voortkomen uit nationaal recht van de bronstaat enerzijds en de woonstaat anderzijds, nadelige consequenties kunnen hebben voor zowel belastingplichtigen (materieel dubbele heffing) als staten (heffingsvacua). In het commentaar bij het OESO-Modelverdrag (art. 23A en B, paragraaf E: ‘Conflicts of Qualification’) komt deze problematiek mede daarom aan de orde. Hierbij gaat het in het bijzonder om de uitleg van de frase: *‘in accordance with the provisions of this Convention may be taxed’* in de

97. Vergelijk Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs, 2005, paragraaf 5 bij art. 9.

98. In de praktijk zijn dergelijke procedures veelal tijdrovend en leiden niet altijd tot voor belanghebbenden bevredigende oplossingen. Dit komt niet in de laatste plaats omdat art. 25 slechts een inspanningsverplichting voor de staten bevat om te komen tot een oplossing, zie paragraaf 45 bij art. 25 Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs. 2005: *‘This is because authorities are required only to seek a solution and are not obliged to find one’*.

99. Een behandeling van kwalificatie van verdragstermen valt buiten het bestek van dit proefschrift. Voor een overzicht verwijs ik naar Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 223-227 en de daar aangehaalde literatuur. Wel merk ik op dat hoewel OESO-commentaren bruikbaar kunnen zijn bij de uitleg van begrippen in een op het OESO-Modelverdrag geënt verdrag, de commentaren niet horen tot de verdragscontext zoals deze is gedefinieerd in art. 31, lid 2, Verdrag van Wenen (Verdragenverdrag), vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 65. Engelen en Pötgens merken in dit verband op dat – hoewel de juridische status van het OESO-Modelverdrag en het commentaar daarop tamelijk zwak lijkt – de Hoge Raad desalniettemin relatief veel gewicht toekent aan dit commentaar bij de uitleg van belastingbedragen, Engelen, F.A. & Pötgens, F.P.G.; Het rapport The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships en de interpretatie van belastingverdragen (II), WFR 2000/1056.

artt. 23A en 23B OESO-Modelverdrag. Samengevat komt de door de OESO gekozen weg er op neer, dat in een situatie van dubbele heffing veroorzaakt door verschillen in nationaal recht tussen de bronstaat en de woonstaat, het inkomen wordt belast conform de bepalingen van de Conventie zoals geïnterpreteerd en toegepast door de bronstaat. Dit brengt mee dat de woonstaat dienovereenkomstig voorkoming dient te verlenen. Deze benadering wordt in het rapport geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld, waarin het gaat om de verkoop van partnership. De woonstaat beschouwt deze verkoop als een vervreemding van aandelen omdat het partnership daar wordt gezien als een zelfstandige entiteit. In de bronstaat wordt de verkoop daarentegen gezien als de overdracht van activa en passiva, omdat het partnership naar nationaal recht wordt beschouwd als transparant. Indien beide landen de vervreemding zouden belasten naar hun nationale wet en tevens overeenkomstig die wet het verdrag zouden toepassen, dan resulteert dit in dubbele heffing. De oplossing van de OESO bestaat eruit dat in zo'n situatie de kwalificatie van het bronland zou moeten worden gevolgd. Dit resulteert in een heffingsbevoegdheid voor de bronstaat, terwijl de woonstaat voorkoming moet geven voor de in de bronstaat in aanmerking genomen vervreemdingswinst.

In de situatie waarin een heffingsvacuüm (double non-taxation) dreigt, geldt mutatis mutandis hetzelfde. Ook daar volgt de woonstaat de kwalificatie van het bronland, wat betekent dat de woonstaat het inkomensbestanddeel niet hoeft vrij te stellen dan wel hiervoor geen voorkoming hoeft te geven. Hoewel de voorbeelden in het commentaar zich beperken tot de behandeling van partnerships, lijkt de werking breder te zijn. Deze zou mijns inziens moeten worden uitgebreid naar bijvoorbeeld de kwalificatie van geldverstrekkingen.¹⁰⁰

Als de paragrafen 32.1-32.7 van het commentaar bij de artt. 23A en 23B OESO-Modelverdrag 2005 er inderdaad op wijzen dat het bereik van deze artikelen breder is dan alleen de kwalificatie van partnerships, dan zou de in de toelichting voorgestelde benaderingswijze ook uitkomst kunnen bieden bij internationale kwalificatieverschillen ten aanzien van financieringen. Nederland heeft echter een voorbehoud gemaakt bij het commentaar bij de artt. 23A en 23B, in het bijzonder bij de paragrafen 32.4 en 32.6.¹⁰¹ Dit voorbehoud lijkt niet te zijn beperkt tot de kwalificatie van samenwerkingsverbanden (partnerships). In paragraaf 32.4 wordt weliswaar als voorbeeld een kwalificatieverschil ten aanzien van een samenwerkingsverband aangehaald, maar dit voorbeeld dient mijns inziens slechts als illustratie van de frase 'in accordance with the provisions of the Convention' en beperkt het toepassingsbereik niet. Bovendien is paragraaf 32.6 – ter zake van het voorkomen van double non-taxa-

100. Vergelijk in dit verband paragraaf 32.2 Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs, 2005.

101. In Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs, 2005, art. 23A en 23B, paragraaf 80 is het als volgt verwoord: 'However the Netherlands does not agree with the interpretation of given in paragraphs 32.4 and 32.6 to the phrase "in accordance with the provisions of this Convention" (...) that in cases of conflicts of qualification that are due to differences in domestic law between the State of source would prevail for purposes of the application by the State of residence of Article 23A or 23B'.

tion – algemeen van aard en gaat niet specifiek in op kwalificatieverschillen van samenwerkingsverbanden.

Nederland volgt alleen de interpretatie in de paragrafen 32.4 en 32.6 indien en voor zover dat expliciet is bepaald in een verdrag of indien dit de uitkomst is van een zogeheten 'mutual agreement procedure' tussen Nederland en een verdragsstaat dan wel in de situatie van unilateraal beleid. Wat de achterliggende gedachte van Nederland is om voornoemd commentaar niet te onderschrijven wordt uit het voorbehoud niet duidelijk. Helder is wel dat Nederland de handen vrij wil houden, om al dan niet de kwalificatie van het bronland te volgen. Wellicht is het de angst geweest van Nederland, om heffingsrechten te verliezen door het volgen van de kwalificatie van het bronland. Tegen deze angst kan evenwel worden ingebracht dat Nederland ook voordeel kan hebben van deze benadering in situaties dat Nederland de bronstaat is en de woonstaat moet terugtreden. Vanuit het oogpunt van de eenvoud en de rechtszekerheid is het echter te betreuren, dat Nederland de door de OESO voorgestelde benadering om de kwalificatie van het bronland te volgen bij internationale kwalificatieverschillen niet (in beginsel)¹⁰² heeft willen volgen. Hiermee blijft namelijk het risico van dubbele heffing en van heffingsvacua bestaan. Mijns inziens verdient het daarom zeker overweging om voornoemd voorbehoud te laten vallen en aan te sluiten bij de benadering van de OESO. Hierbij kan vanzelfsprekend een voorbehoud worden gemaakt voor situaties van evident misbruik.

5.6.2 *Juridisch dubbele heffing: verdeling van heffingsrechten*

De artt. 10 en 11 OESO-Modelverdrag regelen de verdeling van heffingbevoegdheden ten aanzien van dividenden en renteopbrengsten tussen de bronstaat en de woonstaat. Hiermee wordt beoogd juridisch dubbele heffing te voorkomen. Samengevat komt het er op neer dat het heffingsrecht wordt toegewezen aan de woonstaat, terwijl de bronstaat een beperkte (bron)belasting mag heffen waarvoor de woonstaat een voorkoming dient te geven. In zoverre stemt de methodiek van de heffing ten aanzien van dividenden en renteopbrengsten overeen. Een belangrijk verschil tussen art. 10 en art. 11 is dat in de praktijk de bronheffingspercentages aanzienlijk kunnen verschillen. In situaties waarbij een Nederlandse vennootschap is betrokken, varieert het percentage bronbelasting voor dividenden doorgaans tussen de 0% (voor deelnemingsdividenden) en de 15%, terwijl dit voor renteopbrengsten veelal fluctueert tussen de 0% en 10%. Nederland kent geen bronheffing op interest.

Gelet op het voorgaande is het van belang de vergoeding voor een geldverstrekking te duiden. Art. 3 van het OESO-Modelverdrag (2005) bevat diverse begripsbepalingen. De begrippen lening en kapitaal zijn in dit artikel echter niet nader gedefinieerd. In art. 10, lid 3 OESO-Modelverdrag wordt het begrip dividend nader gedefinieerd en wordt onder meer duidelijk, dat winstdelende leningen (debt-claims participating in profits) niet worden gevat onder art. 10. Dit wil evenwel niet zeggen dat leningen

102. Denkbaar was geweest dat Nederland zich in situaties van 'misbruik' zou hebben voorbehouden niet de kwalificatie van het bronland te volgen.

nooit onder het bereik van art. 10 kunnen vallen. In dit verband wijs ik op paragraaf 25 van het OESO-commentaar bij art. 10.¹⁰³ Hoewel in deze paragraaf wordt verwezen naar thin-capitalisationwetgeving in de bronstaat, zijn er meer rentebetalingen die vallen onder het bereik van art. 10, dan alleen de rentebetalingen die worden gekwalificeerd op grond van thin-capitalisationwetgeving. Het criterium is namelijk of de crediteur feitelijk deelt in het risico dat de onderneming loopt. Dit betekent mijns inziens dat – mede gelet op de in paragraaf 25 genoemde omstandigheden – de uitzonderingen van BNB 1988/217 normaliter onder het bereik van art. 10 OESO-Modelverdrag vallen. Opgemerkt zij verder, dat indien een 'rentebetaling' onder het begrip dividend ex art. 10, lid 3 OESO-Modelverdrag kan worden geschaard, het kapitaalbegrip voor toepassing van art. 10, lid 2, onderdeel a OESO-Modelverdrag dienovereenkomstig wordt uitgebreid.¹⁰⁴ In de nationale wet worden informele kapitaalstortingen weliswaar ook onder een deelneming geschaard, maar gaat dit alleen op indien er reeds een kwalificerend aandelenbezit is. De 'lening' wordt de deelnemingsvrijstelling ingetrokken door dit kwalificerende pakket. Stand-alone kan een dergelijke lening waarschijnlijk echter geen deelneming vormen.¹⁰⁵

Na het voorgaande ontstaat de vraag onder welk artikel de rentebetaling op een hybride lening moet worden gevat. In paragraaf 5.5 werd duidelijk dat de betaling op een hybride lening ingevolge art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 in beginsel is onderworpen aan dividendbelasting. Onder het renteartikel (art. 11) OESO-Modelverdrag worden evenwel ook leningen geschaard met een winstafhankelijke rente, vergelijk lid 3 van art. 11 *'whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits'*. Gelet op de tekst van art. 11, lid 3 valt een hybride lening naar mijn mening dan ook onder het renteartikel, behoudens situaties dat de hybride lening *'effectively shares risks run by the debtor company'*. Bij een lening met een (gedeeltelijk) winstafhankelijke rente en een looptijd van elk jaar zal aan deze voorwaarde mijns inziens normaliter niet zijn voldaan. Per hybride lening moet daarom worden bekeken of deze onder het renteartikel valt (hoofddregel), dan wel onder het dividendartikel moet worden geschaard (uitzondering). Verder moet per verdrag worden bekeken of het bronland zijn nationale heffingsrecht partieel mag effectueren in de vorm van

103. Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs, 2005.

104. Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs, 2005. In paragraaf 15 bij art. 10 is onder sub d namelijk het volgende opgemerkt: *'When a loan or other contribution to the company does not strictly speaking, come as capital under company law but when on the basis of internal law or practice ("thin capitalisation", or assimilation of a loan to share capital), the income derived in respect thereof is treated as dividend under Article 10, the value of such loan or contribution is also to be taken as "capital" within the meaning of sub-paragraph (a)'*.

105. Vergelijk in dit kader paragraaf 5.2.

een beperkte bronstaatheffing.¹⁰⁶ Overigens is van belang dat onder interest ex art. 11, lid 3 geen inkomensbestanddelen worden begrepen die reeds vallen onder art. 10.¹⁰⁷ De artikelen sluiten elkaar in zoverre dus uit.

Het OESO-Modelverdrag is niet maatgevend voor alle Nederlandse verdragen. Veel verdragen zijn namelijk geënt op het Nederlands Standaardverdrag (hierna NSV). Verdragen die hierop zijn gebaseerd, wijken onder meer af op de art. 10 en art. 11. Volgens het OESO-Modelverdrag vallen leningen met een winstafhankelijke rente in beginsel onder art. 11, terwijl het NSV winstdelende obligaties onder het bereik van art. 10 brengt, vergelijk art. 10, lid 6, NSV. De reden hiervoor is dat Nederland zijn claim in art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 wilde kunnen effectueren.¹⁰⁸

Art. 10, lid 6, NSV luidt: *‘De uitdrukking “dividenden”, zoals gebezigd in dit artikel, betekent inkomsten uit aandelen, (...) of andere rechten die aanspraak geven op een aandeel in de winst, alsmede inkomsten uit schuldvorderingen die aanspraak geven op een aandeel in de winst (onderstreping JvS (...)).’*

Gelet op de formulering van art. 10, lid 6 NSV in combinatie met de huidige tekst van art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 lijken ook rentebetalingen uit hoofde een hybride lening door een Nederlandse debiteur aan een in het buitenland gevestigde crediteur in beginsel te zijn onderworpen aan een (beperkte) bronheffing.¹⁰⁹ Hierbij passen echter wel twee kanttekeningen.

Allereerst zij opgemerkt dat het oude art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 op bepaalde punten afwijkt van de huidige bepaling. Een voorbeeld van een belangrijke wijziging is dat ook een lening met een onzakelijke vergoeding onder art. 10, lid 1, onderdeel d kan vallen en daarmee tevens (theoretisch) onder het bereik komt van

106. Dit geldt namelijk niet voor alle verdragen. Nickel, De Gunst en Van der Linde geven als voorbeelden Oostenrijk, Ierland en Rusland. Nickel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117. Ten aanzien van Rusland merkt Brandsma terecht op dat in art. V van het verdrag tussen Nederland en de Russische Federatie staat opgemerkt dat *‘in het geval van Nederland de uitdrukking “dividenden” mede inkomsten uit winstdelende obligaties omvat’* Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 240.

107. Vergelijk Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD Committee on fiscal affairs, 2005, paragraaf 19 bij art. 11.

108. In het NSV heeft de bronstaat in het geheel geen heffingsrecht voor interest. Dit heffingsrecht is geheel toegewezen aan de woonstaat.

109. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 238.

het huidige art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965.¹¹⁰ De oude bepaling zou ten aanzien van een dergelijke lening echter niet van toepassing zijn geweest. Indien voornoemde aanpassing ook zou worden gevolgd voor een oud verdrag dat is geënt op het NSV, dan zou Nederland daarmee in wezen zijn eigen heffingsrecht eenzijdig uitbreiden. Het is echter zeer de vraag of het gesloten verdrag op deze wijze dynamisch zou moeten worden geïnterpreteerd. Gelet op de huidige stand van de jurisprudentie – vergelijk HR 5 september 2003, BNB 2003/379 – lijkt deze vraag te moeten worden beantwoord in de zin dat de Hoge Raad de beperkt dynamische methode toepast. Ik deel daarom de conclusie van Niekel, De Gunst en Van der Linde dat in beginsel slechts die vergoedingen onder het dividendartikel (van een op het NSV geënt verdrag) vallen, die ook reeds onder het oude art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 vielen, tenzij uit de tekst dan wel uit de context van het verdrag anders blijkt. Het betreft hier namelijk een eenzijdige posterieure wijziging van de Nederlandse nationale wetgeving, die geen veelal geen equivalent heeft in de nationale wetgeving van de andere verdragsluitende partij. Een verschuiving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid zoals overeengekomen bij het sluiten van het verdrag, is dan niet gelegitimeerd, vergelijk BNB 2003/379.

De tweede opmerking betreft de wijze waarop verdragstechnisch moet worden omgegaan met leningen ex art. 10, lid 2, onderdeel b. Verschillende benaderingen zijn denkbaar. Voorstelbaar is dat zowel de het winstafhankelijke als het vaste deel van de rente onder art. 10 NSV vallen, zoals ook het geval is voor art. 3, lid 1, onderdeel f. Een tweede benadering is dat het vaste deel van de vergoeding het winstafhankelijke deel 'meetrekt' art. 11 NSV in. Ten slotte is nog denkbaar dat het winstafhankelijke deel van de vergoeding onder het bereik van art. 10 NSV valt, terwijl het vaste deel van de vergoeding onder art. 11 NSV valt. Op zichzelf verzet de letterlijke tekst van art. 10, lid 6, NSV zich niet tegen deze laatste uitleg.¹¹¹ Ik meen echter dat het niet de bedoeling is om het vastrentende en het winstafhankelijke deel te splitsen en fiscaal separaat te behandelen. Het vastrentende deel van een lening ex art. 10, lid 2, onderdeel b dient derhalve niet onder art. 11 NSV te worden geschaard. Ter illustratie dient

110. Vergelijk echter de in paragraaf 5.5.1 aangehaalde passage: *'Dividendbelasting wordt ingevolge een voorgestelde wijziging van de Wet op de dividendbelasting 1965 mede geheven naar de opbrengst van artikel 10, lid 1, onderdeel d, leningen. Het object van heffing is de daadwerkelijk aan de schuldeiser voldane rentevergoeding. Artikel 10, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 corrigeert een onzakelijke vergoeding niet tot een zakelijk niveau, doch bepaalt dat alsdan voor de toepassing van het tweede lid van dat artikel winstafhankelijkheid wordt verondersteld. Dividendbelasting over een fictieve vergoeding is derhalve niet aan de orde'*.

111. Brandsma wijst er echter terecht op, dat het zeer de vraag is of een dergelijke uitleg wel in overeenstemming is met art. 31, lid 1, Verdrag van Wenen. Dit artikel bepaalt namelijk dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd, overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag en in de context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Verdedigbaar is dat een vast deel van een vergoeding in dit kader niet kan worden gezien een winstafhankelijke vergoeding. Zie Brandsma, R.P.C.W.M.; *Hybride leningen* (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 239 en vergelijk ook Niekel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.; *Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen*, FED 2002/117.

het volgende. Ook een dividenduitkering (alsmede een volledig winstafhankelijke rente) valt – in ieder geval economisch – te verdelen in twee componenten:

- een vergoeding (x) voor het ter beschikking stellen van het kapitaal (vergelijkbaar met rente); en
- een overwinstvergoeding (y) voor het gelopen risico.

Overigens is het (normaliter) niet zo dat een aandeelhouder altijd ten minste een bepaalde vaste vergoeding krijgt; het onderscheid geeft de door de aandeelhouder gepercipieerde verdeling weer. Bij afwezigheid van elk risico eist de belegger een rendement van ten minste x op de door hem ter beschikking gestelde gelden. Bij de introductie van risico (bij het ter beschikking stellen van eigen vermogen) eist de belegger een additionele (te verwachten) vergoeding van y. Door het risico kan het door een belegger in eigen vermogen behaalde rendement overigens (aanzienlijk) lager uitpakken dan het verwachte rendement (x+y). Ondanks het voorstaande vindt er in de situatie van een dividendbetaling voor verdragstoepassing echter geen splitting plaats voor de risicocomponent en de vaste component. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor winst. Winst bestaat namelijk uit een vergoeding voor drie componenten: arbeid, kapitaal en risico. Winst wordt echter evenmin gesplitst voor verdragsdoeleinden.

Ten slotte is het de vraag hoe verdragstechnisch moet worden aangekeken tegen vergoedingen ex art. 10, lid 2, onderdeel c. Niekel, De Gunst en Van der Linde menen dat vergoedingen op dergelijke leningen in het geheel niet als een aandeel in de winst kunnen worden aangemerkt ex art. 10, lid 6, NSV. Gelet op de in paragraaf 4.4.6 beschreven onduidelijkheid ten aanzien van de het begrip 'verschuldigdheid van de rente is winstafhankelijk' kan ik evenwel niet uitsluiten, dat een rechter in voorkomende gevallen art. 10, lid 6, NSV van toepassing verklaart op een dergelijke vergoeding. Verder bestaan er nog verdragen die niet op het OESO-Modelverdrag of het NSV zijn geënt, maar die verwijzen naar de Nederlandse dividendbelasting.¹¹²

5.7 Strijdigheid EU-recht?

EG-Verdrag

De deelnemingsvrijstelling vindt in de situatie met een buitenlandse deelneming/debiteur slechts toepassing, indien de rente op de hybride lening op het niveau van de debiteur niet aftrekbaar is omdat de lening wordt geacht te functioneren als eigen vermogen. Dit houdt in dat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het

112. Ter illustratie dient het verdrag met Australië. Art. 10, lid 3 luidt namelijk als volgt: 'In dit artikel betekent de uitdrukking "dividenden" – a. (...); b. wat Nederland betreft, inkomsten die aan dividendbelasting zijn onderworpen' en vergelijk ook art. 10, lid 4, verdrag Nederland-Canada: 'De uitdrukking "dividenden" zoals gebezigd in dit artikel betekent inkomsten uit aandelen (...), alsmede andere inkomsten die door de wetgeving van de Staat waarvan het lichaam dat de uitdeling doet inwoner is, op dezelfde wijze aan de belastingheffing worden onderworpen als inkomsten uit aandelen'. Voor een behandeling van andere afwijkende verdragen zoals het Verdrag Nederland-Zwitserland verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekst aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 240-243.

niveau van de crediteur door de wetgever afhankelijk is gesteld van de fiscale behandeling van de rente op het niveau van de buitenlandse debiteur. Deze constatering roept de vraag op, of deze benadering in EU-situaties in overeenstemming moet worden geacht met EU-recht.

Ik acht het zeer wel denkbaar dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.¹¹³ Een potentieel fiscaal voordeel (toepassing van de deelnemingsvrijstelling) voor een binnenlands belastingplichtige hangt namelijk af van de vestigingsplaats van de deelneming/debiteur. In het arrest Verkooijen, HvJ EG 6 juni 2000, BNB 2000/329, ro. 36 oordeelde het HvJ EG, dat indien de toekenning van een fiscaal voordeel (in casu de dividendvrijstelling) afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de dividenden afkomstig zijn van binnenlandse vennootschappen, dit een bij art. 1 van de richtlijn 88/361 verboden beperking van kapitaalverkeer (kapitaalrichtlijn) vormt.¹¹⁴ Weber is van mening dat art. 13, lid 3, onderdeel b niet strijdig is met EU-recht.¹¹⁵ Hij meent namelijk dat er geen strijdigheid is, omdat de eis die in buitenlandse situaties wordt gesteld tevens wordt gesteld in binnenlandse situaties. Daarom bestaat er volgens hem slechts een gerechtvaardigd bewijsrechtelijk nadeel. Hoewel in buitenlandse gevallen een parallel kan worden getrokken met binnenlandse situaties, plaats ik toch vraagtekens bij de houdbaarheid van de stelling van Weber. De crediteur is voor zijn fiscale behandeling namelijk afhankelijk van de situatie waarin de debiteur verkeert, of wellicht beter gezegd het land waar de debiteur is gevestigd. Denkbaar is immers dat de rente op het niveau de debiteur om een andere reden niet aftrekbaar is, bijvoorbeeld een art. 10a- of art. 10d-achtige bepaling en dat deze bepalingen in het land van de debiteur aan toepassing van een art. 10-1d-achtige bepaling vooraf gaan. In een dergelijke situatie is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op de hybride lening, omdat het buitenland een andere volgorde hanteert voor het beperken van renteaftrek dan Nederland. Voorts is het mogelijk dat men in het buitenland niet heeft gekozen voor een 'lappendeken' van renteaftrekbeperkingen zoals wij in Nederland kennen, maar dat men 'slechts' thin-capitalisationbepalingen kent naast een met BNB 1988/217 vergelijkbaar systeem. In sommige landen (bijvoorbeeld Duitsland) wordt voorts geherkwalificeerd op grond van thin capitalisation. In Nederland is dit echter weer niet het geval. Het al dan niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b wordt derhalve afhankelijk gesteld van de wetgeving in een andere (lid)staat. Ik zal dat hierna nog nader onderbouwen omdat dit mijns inziens het risico van strijdigheid van EU-recht met zich brengt.

113. Vergelijk Van der Vegt, P.C.; De voortgaande bastaardering van de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1280, Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Ook na de derde veegwet blijft vegen noodzakelijk!, WFR 2002/1576 en Kiekebeld, B.J.; De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914.

114. In dit verband zij tevens gewezen op HvJ EG 16 juli 1998, BNB 1998/420 (ICI), ro. 23. In dat arrest werd namelijk het voorbehouden van een zogeheten 'consortium relif' aan vennootschappen die uitsluitend of voornamelijk dochtermaatschappijen controleren waarvan de zetel zich op het nationale grondgebied van het Verenigd Koninkrijk bevinden strijdig geacht met het recht van vrije vestiging. Vergelijk ook HvJ EG 13 april 2000, C 251/98, BNB 2000/242 (Baars), ro. 30.

115. Weber, D.M.; VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251.

Tegen strijdigheid pleiten evenwel HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Schempp) en HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer).¹¹⁶

In BNB 2005/342 overwoog het HvJ EG als volgt: *'In deze omstandigheden dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat de artikelen 12, eerste alinea, EG en 18, lid 1, EG aldus moeten worden uitgelegd dat ze zich niet ertegen verzetten dat een in Duitsland wonende belastingplichtige volgens een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding van toepassing is, de alimentatie die hij heeft betaald aan zijn voormalige echtgenote die in een andere lidstaat woont waar deze uitkering niet belastbaar is, niet kan aftrekken, hoewel hij daartoe wel het recht zou hebben indien zijn voormalige echtgenote in Duitsland zou wonen'. Vergelijk voorts BNB 2006/72 alwaar het HvJ EG oordeelde: '(...) Wat ten slotte de derde rechtvaardigingsgrond betreft, namelijk het gevaar van belastingontwijking, dient te worden aangenomen dat de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is. (...) Gelet op deze drie rechtvaardigingsgronden, samen beschouwd, dient te worden opgemerkt dat met een restrictieve regeling als die in het hoofdgeding, rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het Verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken'.*

In bepaalde situaties acht het HvJ EG het kennelijk acceptabel de fiscale behandeling van een persoon te laten afhangen van de fiscale behandeling van een ander persoon.

Hoewel er een risico bestaat dat art. 13, lid 3, onderdeel b in eerste aanleg strijdig is met EU-recht, is het denkbaar dat er voor de door Nederland gekozen benadering een rechtvaardiging bestaat. Daarom is het nog van belang om te kijken naar eventuele rechtvaardigingsgronden. Hoewel de gekozen benadering door de wetgever is ingegeven door de wens om eventueel misbruik (wel aftrek in het buitenland en geen heffing in Nederland) te voorkomen, is dit – onder andere gelet op het arrest X en Y, HvJ EG 21 november 2002, BNB 2003/221, ro. 62¹¹⁷ – waarschijnlijk geen voldoende rechtvaardigingsargument.

116. Vergelijk echter ook HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes). Kort samengevat komt dit arrest er op neer, dat bepaalde antimisbruikwetgeving is toegestaan, mits voorzien van een deugdelijke tegenbewijsregeling, zie hiervoor nader paragraaf 6.7.3.2. Of de 'tegenbewijsregeling' art. 13, lid 3, onderdeel b volstaat is de vraag, nu een tegenbewijs van 'zakelijke overwegingen' ontbreekt.
117. Zonder volledigheid te pretenderen verwijs ik naar HvJ EG 26 oktober 1999, BNB 2001/394 (Eurowings) en HvJ EG, 26 juni 2003, V-N 2003/36.9 (Skandia). In het Eurowingsarrest kwam het HvJ EG tot de conclusie dat een algemeen vermoeden van belastingfraude niet kan worden gebaseerd op het feit dat in casu een overnemende vennootschap is gevestigd in een andere lidstaat. In het Skandia-arrest oordeelde het HvJ EG kort samengevat, dat belastingplichtige die een verzekering bij een in een andere lidstaat gevestigde verzekeraar afsluit die – behoudens de vestigingsplaats van de verzekeraar – voldoet aan alle voorwaarden die het nationale recht aan een dergelijke verzekering stelt, fiscaal niet slechter mag worden behandeld dan een belastingplichtige die zo'n verzekering heeft afgesloten bij een binnenlandse verzekeraar.

Het arrest Skandia brengt Brandsma af van zijn eerdere opvatting dat art. 13, lid 3, onderdeel b niet strijdig is met EU-recht, omdat de eis inzake buitenlandse debiteuren/deelnemingen praktisch gezien overeenkomt met de renteaftrekbeperking ex art. 10, lid 1, onderdeel d.¹¹⁸ Ik vraag mij echter af of deze opvatting van Brandsma niet op gespannen voet staat met arresten zoals Eurowings en Verkooijen.¹¹⁹

De uitkomsten van onder meer de arresten Skandia, Eurowings, Verkooijen en Baars lijken te kunnen worden vertaald naar de situatie van art. 13, lid 3. Deze bepaling laat namelijk een potentieel fiscaal voordeel afhangen van de vestigingsplaats van de deelneming/debiteur, of preciezer uitgedrukt de fiscale behandeling door de andere lidstaat van de hybride lening op het niveau van de deelneming/debiteur. Gelet op

118. Brandsma, R.P.C.W.M.; De Wet VPB 1969 bestaat 35 jaar: de hybride lening (in Europees perspectief), WFR 2003/1588. Voor zijn oude opvatting verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 154.
119. Ook onder meer de arresten Danner, Lankhorst-Hohorst en Bosal Holding wijzen reeds enigszins in de richting van het feit dat de fiscale behandeling van een belastingplichtige niet (zonder meer) afhankelijk mag worden gesteld van de fiscale behandeling (van een andere belastingplichtige) in het buitenland. In HvJ EG, 3 oktober 2002, BNB 2002/403 (Danner) oordeelde het HvJ EG, dat art. 49 EG zich ertegen verzet dat een fiscale regeling van een lidstaat (in casu Finland) die voor de fiscale aftrekbaarheid van premies voor een vrijwillige pensioenverzekering een onderscheid maakt naar de lidstaat van vestiging van de pensioenverstreker (in casu Duitsland). In de zaak Lankhorst-Hohorst (HvJ, 12 december 2002, BNB 2003/170) werd het onderscheid dat de Duitse thin-capitalisationwetgeving maakte ten aanzien van de vestigingsplaats van de moedermaatschappij, door het HvJ EG in strijd geacht met art. 43 EG. In casu werd de rente op een door de Nederlandse moeder aan haar Duitse dochter verstrekte lening ad DM 3 mio. aangemerkt als verkapte winstuitdelingen, terwijl dit in beginsel niet het geval zou zijn geweest als de moeder vennootschap in Duitsland was gevestigd. Het HvJ EG kwam tot de volgende conclusie (ro. 27): *'Wegens deze beperking worden Duitse dochterondernemingen, wat de belasting betreft van de rente die zij aan hun moedermaatschappijen betalen ter vergoeding van vreemd vermogen, verschillend behandeld naargelang hun moedermaatschappij al dan niet haar zetel in Duitsland heeft'*. Voor dit verschil in behandeling werd volgens het HvJ EG geen geldige rechtvaardigingsgrond aangevoerd wat er in resulteerde dat de Duitse bepaling (art. 8a Körperschaftsteuergesetz) strijdig moest worden geacht met EG-recht. In het arrest Bosal Holding (HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344) kwam vast te staan (ro. 63): *'De Nederlandse regering verbindt een belastingvoordeel voor de moeder vennootschap in de vorm van de aftrekbaarheid van de deelnemingskosten aan de mogelijkheid van een fiscale heffing bij de dochtervennootschap'*. Deze verbinding werd door het HvJ EG uiteindelijk strijdig geacht met EG-recht (art. 43 EG). In de genoemde arresten was het echter ook van belang dat men in een puur binnenlandse situatie beter af was dan in de vergelijkbare buitenlandse situatie. In de situatie van art. 10, lid 1, onderdeel d echter is men in beginsel per saldo niet (veel) slechter af dan in de binnenlandse situatie. Ingeval in Nederland de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, wordt de geldlening in het buitenland niet aangemerkt als een soort eigen vermogen. Tegen belastbaarheid van de rentebaten in Nederland staat dan in beginsel aftrekbaarheid in het buitenland.

(onder meer) voornoemde arresten lijkt dit een belemmering, ten aanzien waarvan het zeer de vraag is of er sprake is van een rechtvaardigheidsgrond.¹²⁰

Door de wijze waarop de Nederlandse wet is vormgegeven, worden bij het bestrijden van vermeend misbruik ook volstrekt zakelijke transacties getroffen. Uit onder meer het arrest X en Y (HvJ EG, 21 november 2002, BNB 2003/221) lijkt te moeten worden afgeleid, dat de Nederlandse argumentering voor de vormgeving van de wetgeving niet als rechtvaardigingsgrond kan dienen. De door Kiegebeld voorgestelde benadering heeft mijns inziens veel meer Europeesrechtelijk kans van slagen.¹²¹ Hij stelt namelijk voor om de bestaande regel: 'de deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing, tenzij ...', te veranderen in 'de deelnemingsvrijstelling is wel van toepassing, tenzij ...'. De deelnemingsvrijstelling zou niet van toepassing moeten zijn, indien de fiscus aannemelijk maakt dat een bepaalde structuur als hoofddoel heeft het frustreren van de Nederlandse belastingwetgeving.¹²² Voor de belastingplichtige zou dan als tegenbewijsregeling kunnen gelden, dat een dergelijke structuur niet aanwezig wordt geacht indien de vergoeding in de andere lidstaat niet aftrekbaar is (omdat de hybride lening daar wordt geacht feitelijk te functioneren als eigen vermogen).¹²³

Moeder-dochterrichtlijn en Interest-royaltyrichtlijn

Naast het al dan niet strijdig zijn van art. 13, lid 3, onderdeel b met het EG-Verdrag, heeft de hybride leningwetgeving mogelijk nog een tweede Europeesrechtelijk dimensie. Het is namelijk de vraag of op de hybride lening de Moeder-dochterrichtlijn (hierna M-D-richtlijn) of de Interest-royaltyrichtlijn (hierna de I&R-richtlijn) van toepassing kan zijn. Deze beide richtlijnen zien kort samengevat (mede) op de afschaffing van bronbelasting op betalingen in Europese gelieerde verhoudingen. Bij de M-D-richtlijn gaat het (kort samengevat) om bronbelastingen op grensoverschrijdende dividendbetalingen door een dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij, waarbij de moeder voor minstens 20% moet deelnemen het kapitaal van in de dochter.¹²⁴ Dit lijkt er op te wijzen dat – evenals de deelnemingsvrijstelling – de M-D-richtlijn op zijn hoogst slechts van toepassing kan zijn op een hybride lening, indien deze 'meelift' op een kwalificerend aandelenbezit.¹²⁵ Bij de I&R-richtlijn wor-

120. Van der Vegt acht een rechtvaardigheidsgrond voorhands niet aanwezig, Van der Vegt, P.C.; De voortgaande bastaardering van de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1280.

121. Kiegebeld, B.J.; De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914.

122. Vergelijk HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes).

123. Vergelijk Kiegebeld, B.J.; De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914.

124. Het staat lidstaten overigens vrij om bij wege van bilaterale overeenkomst het kapitaalcriterium te vervangen door een stemrecht criterium, art. 3, lid 2, M-D-richtlijn.

125. Vergelijk Strik, S.A.W.J.; Interest en royalty's, NTFR 2003/1610. Daarbij geldt nog als tweede onzekerheid het antwoord op de vraag of een rentebetaling op een hybride lening zou kunnen worden gezien als een uitkering van winst ex art. 1, lid 1, M-D-richtlijn. Brandsma ziet enige aanknopingspunten om de opbrengsten van een hybride lening onder de M-D-richtlijn te scharen, Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 246. In De Wet VPB 1969 bestaat 35 jaar: de hybride lening (in Europees perspectief), WFR 2003/1588 merkt hij evenwel op dat de rente waarschijnlijk niet onder de →

den bepaalde interest- en royaltybetalingen vrijgesteld van bronbelasting. Deze richtlijn is niet beperkt tot moeder-dochterverhoudingen, maar kan ook van toepassing zijn op betalingen tussen zustervennootschappen.

Met name dit laatste aspect is van belang, omdat ingevolge art. 3, lid 1, onderdeel f rentebetalingen op een hybride lening tussen zustervennootschappen zijn onderworpen aan dividendbelasting. Als de I&R-richtlijn op een dergelijke betaling van toepassing zou zijn, dan zou de heffing van bronbelasting echter achterwege dienen te blijven. Deze vlieger gaat voor belastingplichtigen echter niet op. Ingevolge art. 4, lid 1, onderdeel a, Richtlijn 2003/49/EG (I&R-richtlijn) behoeven de voordelen van die richtlijn niet te worden toegekend bij uitkeringen die volgens het nationaal recht van de bronstaat worden behandeld als een winstuitkering.¹²⁶

Volgens de wetgever vallen ook de rentebetalingen op hybride leningen onder deze door de richtlijn geboden uitzonderingsmogelijkheid.¹²⁷ De betaling van een vergoeding op een hybride lening is slechts vrijgesteld van inhouding van dividendbelasting, indien is voldaan aan de vereisten van art. 4a Wet DB 1965.¹²⁸ Hierdoor is een rentebetaling op een hybride lening door een vennootschap aan een zuster niet vrijgesteld voor de dividendbelasting, noch door de M-D-richtlijn noch door de I&R-richtlijn. Dit betekent dat hybride leningen in zusterverhoudingen tussen wal en schip vallen.¹²⁹ Dit is echter een bewuste keuze geweest van de wetgever. Voor de uitbreiding van de inhoudingsvrijstelling ex art. 4a, Wet DB 1965 – zoals door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs was voorgesteld – bestaat volgens de staatssecretaris namelijk *'geen duidelijke aanleiding'*.¹³⁰ Ik zie een aanleiding in het feit dat met de uitbreiding van art. 4a, Wet DB 1965 een consistent systeem zou kunnen worden bereikt. Alle rentebetalingen tussen moeders en dochters alsmede tussen zusters (met dezelfde moeder) zijn dan immers vrijgesteld van bronbelasting. In een dergelijke benadering ontstaat geen 'besmette' categorie rentebetalingen, die noch onder de M-D-richtlijn noch onder de I&R-richtlijn valt. Hoewel men vraagtekens kan zetten bij voornoemde uitkomst, zij wel opgemerkt dat de Nederlandse wetgeving op dit punt (de artt. 4 en 4a) niet strijdig lijkt te zijn met de M-D-richtlijn en/of de I&R-richtlijn.

—> M-D-richtlijn valt, aangezien deze alleen betrekking heeft op winstuitkeringen op aandelen.

126. Nota navv, TK, 2003-2004, 29 034, blz. 3-4.

127. Nota navv, TK, 2003-2004, 29 034, blz. 4.

128. Overigens was in de oorspronkelijk voorgestelde tekst van 1998 (COM (1998) 67 def.-98/0087(CNS)) in art. 4, lid 1, tweede volzin, expliciet opgenomen dat *'De rente die in tweede instantie als winstbetaling wordt aangemerkt, is onderworpen aan de bepalingen van Richtlijn 90/435/EEG van de Raad (M-D-richtlijn, JvS) indien de betaling plaatsvindt tussen ondernemingen waarop de onderhavige richtlijn van toepassing is'*. In de definitieve tekst van de richtlijn ontbreekt een dergelijke frase.

129. In gelijke zin Van der Linde, R.W. & Lamers, A.W.G.; De interest- & royaltyrichtlijn, WFR 2004/349.

130. Nota navv, TK, 2003-2004, 29 034, blz. 3-4.

Dit kan waarschijnlijk niet worden gezegd voor art. 13, in de situatie dat een Nederlandse moeder een hybride lening verstrekt aan haar buitenlandse EU-dochter, ervan uitgaande dat een dergelijke lening onder het bereik van de M-D-richtlijn kan worden gebracht. Zoals ik hiervoor aangaf, is de deelnemingsvrijstelling op een (meegetrokken) hybride lening slechts van toepassing indien de rente op het niveau van de dochter niet aftrekbaar is omdat die daar fiscaal wordt behandeld als eigen vermogen (art. 13, lid 3, tweede volzin). Dit betekent dat Nederland geen toepassing toestaat van de deelnemingsvrijstelling, indien de rente bij de dochter wel aftrekbaar is, of om een andere reden dan herkwalificatie van de lening niet aftrekbaar is. Deze opstelling van de Nederlandse wetgever lijkt in strijd met art. 4, lid 1, M-D-richtlijn.¹³¹

5.8 De deelnemerschapslening en de hybride lening in wetsvoorstel 'Werken aan winst'

In paragraaf 4.10 ben ik ingegaan op het voorstel tot het intrekken van de hybride leningwetgeving in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'. Ik merkte daar op dat art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) mijns inziens een loze letter is en dat de staatssecretaris er niet in is geslaagd om de deelnemerschapslening te codificeren. In art. 13, lid 4 en lid 5 (wv) zijn verwijzingen naar art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) opgenomen. Nu art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) in mijn ogen een loze bepaling is, zijn deze verwijzingen dan ook loos. Desalniettemin ga ik hierna beknopt in op art. 13, lid 4 en lid 5 (wv) onder de veronderstelling dat art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) niet zinledig is. Anders geformuleerd: ik ga er hierna vanuit dat art. 10, lid 1, onderdeel d de codificatie vormt van de jurisprudentie inzake de deelnemerschapslening (quod non).

In art. 13, lid 4, onderdeel b (wv) is bepaald dat een vordering ex art. 10, lid 1, onderdeel d (wv) eveneens valt onder de deelnemingsvrijstelling, mits de belastingplichtige (crediteur) reeds een deelneming ex art. 13, lid 2 (wv) houdt in de schuldenaar. De fiscale kwalificatie van de lening op het niveau van een buitenlandse debiteur is voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet relevant.¹³²

Het in aanmerking nemen van de deelnemingsvrijstelling in moeder-dochterverhoudingen is in lijn met HR 25 november 2005, BNB 2006/82. In zoverre is het antwoord op de vraag of art. 13, lid 4, onderdeel b loos is, niet relevant voor belastingplichtigen. Ook zonder deze bepaling valt de deelnemerschapslening in combinatie met een kwalificerend aandelenbelang onder de deelnemingsvrijstelling. Voor belastingplichtigen is het daarentegen wel van materieel belang hoe art. 13, lid 5, onderdeel b (wv) moet worden begrepen.

In art. 13, lid 5, onderdeel b (wv) wordt namelijk (kort samengevat) bepaald, dat de deelnemingsvrijstelling ook toepassing vindt op een deelnemerschapslening indien

131. Vergelijk ook Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 246-247 en Strik, S.A.W.J.; Interest en royalty's, NTFR 2003/1610.

132. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 41 en blz. 89.

de crediteur zelf geen deelneming houdt in de debiteur, maar een met hem verbonden lichaam wel. Voorwaarde is wel dat de schuldenaar en de belastingplichtige (schuldeiser) met elkaar zijn verbonden ex art. 10a, lid 4.¹³³ Dit betekent derhalve een aanzienlijke uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling. Ook een deelnemerschapslening tussen zustervennootschappen kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling. Deze uitbreiding onderschrijf ik volledig, zie bijvoorbeeld paragraaf 5.2.2.3. Gelet op de voorgestelde wettekst en de MvT ben ik van mening dat belastingplichtigen succesvol een beroep kunnen doen op art. 13, lid 5. Dat deze bepaling een loze bepaling is omdat de verwijzing naar art. 10, lid 1, onderdeel d niet werkt, doet daaraan – gelet op het beginsel van behoorlijke wetgeving – mijns inziens niet af. Het is namelijk duidelijk wat de staatssecretaris met de wijzigingen heeft beoogd. Een dergelijke onvolkomenheid mag niet voor rekening van een belastingplichtige komen. In voorkomende gevallen kan het echter aantrekkelijk zijn om de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing te laten zijn in zusterrelaties, denk aan de situatie van een waardedaling van de vordering. Ik acht het verdedigbaar dat de deelnemingsvrijstelling dan geen toepassing behoeft te vinden, aangezien art. 13, lid 5, onderdeel b verwijst naar een zinledige bepaling waaronder de deelnemerschapslening naar mijn mening niet kan worden gevat.

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 niet ingetrokken. Deze bepaling is echter niet meer noodzakelijk nu jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen naar mijn mening vallen onder art. 3, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 (zie paragraaf 5.5). Art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 kan derhalve worden geschrapt.¹³⁴

5.9 Samenvatting en conclusie

Deelnemingsvrijstelling

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling dienen de uitzonderingen van BNB 1988/217 feitelijk te worden behandeld als (informele) kapitaalverstrekkingen. In combinatie met een kwalificerend aandelenbelang worden de uitzonderingen van BNB 1988/217 begrepen onder de deelnemingsvrijstelling. In indirecte situaties is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. Hierbij valt met name te denken aan

133. Het is mijns inziens de vraag of deze bepaling wel in overeenstemming is met EU-recht. In een binnenlandse situatie is het namelijk voldoende dat de houder van de deelnemerschapslening en de houder van de deelneming zijn verbonden en dat de houder van de deelneming een belang houdt van ten minste 5%. In de situatie dat de houder van de aandelenparticipatie niet is gevestigd in Nederland, kan deze geen deelneming ex art. 13, lid 2 of lid 3 houden (deze aandeelhouder is immers geen belastingplichtige) en dan is vereist dat de schuldeiser en de schuldenaar zijn verbonden. Dit betekent dat het in het buitenland gevestigde lichaam ook in de schuldeiser ten minste een belang van 33 1/3% dient te houden in plaats van 5% in een binnenlandse situatie. Het argument dat zich in binnenlandse situaties dezelfde situatie kan voordoen, bijvoorbeeld bij een niet-belastingplichtige stichting met twee dochtervennootschappen, overtuigt mij niet. Dit is een wezenlijk andere situatie. Mijns inziens moet worden vergeleken met de situatie dat de in het buitenland gevestigde vennootschap was gevestigd in Nederland.

134. Anders Molenaars, M.L.; De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071.

deelnemerschapsleningen. Deze kunnen namelijk rechtstreeks worden verstrekt in indirecte verhoudingen, bijvoorbeeld tussen zustervennootschappen. Indien daarentegen een bodemlozeputlening wordt verstrekt aan een zusterverhouding, dan worden de gevolgen hiervan gecorrigeerd via de moedervennootschap. In de regel leidt dit vanwege toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling niet tot dubbele heffing. Op een 'alleenstaande' lening ex BNB 1988/217 is de deelnemingsvrijstelling naar verwachting echter niet van toepassing.¹³⁵ De huidige stand van de jurisprudentie (BNB 2003/34 en BNB 2006/82) biedt evenwel een kleine ingang voor een andere zienswijze. Los van het voorgaande verdient het – gelet op dubbele heffing die dit met zich kan brengen – de aanbeveling om (onder voorwaarden) ook de deelnemingsvrijstelling toe te staan in situaties waarin een aandeelhoudersband ontbreekt. Ik acht een aanpassing van art. 13 op dit punt wenselijk. Hetzelfde geldt voor de hybride lening. Deze kan onder voorwaarden onder de deelnemingsvrijstelling vallen, mits de crediteur reeds een deelneming heeft in de schuldenaar. Ook op dit punt acht ik een wetswijziging wenselijk, zodat de deelnemingsvrijstelling ook in indirecte verhoudingen van toepassing is.

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt voorgesteld de hybride leningwetgeving in te trekken en de deelnemerschapslening te codificeren. In het verlengde hiervan wordt voorgesteld om art. 13 zodanig te wijzigen dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op deelnemerschapsleningen in indirecte verhoudingen. Mijns inziens slaagt de wetgever overigens niet in zijn opzet, zodat het afwaarderen van deelnemerschapsleningen in indirecte verhoudingen mogelijk blijft.

Ten aanzien van de hybride leningwetgeving zijn er nog verschillende attentiepunten. Ten eerste wijs ik op het feit dat wijzigingen in leningsvoorwaarden kunnen leiden tot navordering op het niveau van de debiteur. Ik acht het dan redelijk dat ook de crediteur met terugwerkende kracht de deelnemingsvrijstelling mag/moet toepassen op de voordelen uit de hybride lening. Een wettelijke ingang ontbreekt echter op dit punt. Ik acht het evenwel wenselijk dat een dergelijke uitbreiding alsnog wordt geïmplementeerd. Belangrijk is verder dat renteloze hybride leningen niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Deze benadering brengt overkill mee, waardoor zowel op nationaal als op internationaal niveau dubbele heffing kan ontstaan. In binnenlandse situaties zijn belanghebbenden aangewezen op de hardheidsclausule. In internationale (verdrags)situaties kan een oplossing worden gevonden in een tijdrovende en onzekere mutal-agreementprocedure. In hoofdstuk 4 gaf ik aan het wenselijk te achten art. 10, lid 4 te schrappen. Indien de wetgever hier om hem moverende redenen niet toe wil overgaan, dan dient er in ieder geval een tegenbewijsregeling in art. 13, lid 3, onderdeel b te worden opgenomen, zodat de deelnemingsvrijstelling ook in situaties van renteloosheid e.d. van toepassing kan zijn op de fictieve rente.

De introductie van art. 10, lid 1, onderdeel d heeft de deelnemerschapslening ex BNB 1988/217 niet geheel verdrongen. Het lijkt niet mogelijk een lening aan te gaan die voldoet aan de voorwaarden voor een deelnemerschapslening (BNB 1998/208), maar

135. Hierbij zal het in de regel slechts kunnen gaan om alleenstaande deelnemerschapsleningen.

die niet voldoet aan de genoemde voorwaarden in art. 10, lid 2. Het omgekeerde is daarentegen wel mogelijk. Toch heeft de deelnemerschapslening haar belang voor (onder meer) de vennootschapsbelasting behouden. Allereerst zij gewezen op overgangssituaties. Voorts vindt er bij een deelnemerschapslening in tegenstelling tot bij een hybride lening mijns inziens feitelijk wel een her kwalificatie plaats, wat repercussies heeft voor andere bepalingen zoals art. 10d.

Dividendbelasting

Hybride leningen zijn onderworpen aan dividendbelasting. Dit is expliciet bepaald in art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965. Voor jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen ontbreekt een dergelijke expliciete verwijzing in de Wet DB 1965. Gelet op het feit dat voor de vennootschapsbelasting rentebetalingen op jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen moeten worden aangemerkt als dividend en de leningen zelf als kapitaal, ben ik van mening dat deze kwalificatie ook geldt voor de dividendbelasting. Meer specifiek acht ik art. 3, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 van toepassing. Hierin wordt namelijk begrepen elke onmiddellijke of middellijke uitdeling van winst, *‘onder welke naam of in welke vorm ook gedaan’*. Op een jurisprudentieel geherkwalificeerde lening of hybride lening zijn tevens de inhoudingsvrijstellingen van art. 4 en 4a Wet DB 1965 van toepassing, mits er tevens sprake is van een kwalificerend aandelenbelang.

Leningen ex BNB 1988/217 en hybride leningen in internationaal perspectief

In grensoverschrijdende situaties kunnen problemen ontstaan ten aanzien van jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen. Deze problematiek komt mede voort uit kwalificatieverschillen. De volgende problematiek laat zich onderscheiden:

- economisch dubbele heffing (en heffingsvacua);
- juridisch dubbele heffing (en heffingsvacua).

Economische dubbele heffing kan aan de orde komen, indien twee staten een bepaalde geldverstrekking verschillend kwalificeren. In voorkomende gevallen kan een mutal-agreementprocedure uitkomst bieden. In het OESO-commentaar is ervoor gekozen om aan te sluiten bij de kwalificatie van de bronstaat en de woonstaat hierbij te laten aansluiten. Nederland heeft dienaangaande evenwel een voorbehoud gemaakt. Ik acht het raadzaam dat Nederland dit voorbehoud (onder voorwaarden) laat vallen en aansluit bij de benadering van de OESO.

Naast economisch dubbele heffing kan er ook juridisch dubbele heffing optreden. In EU-verband heeft wat dat betreft een aanzienlijke mitigering plaatsgevonden door middel van de M-D-richtlijn en de I&R-richtlijn. Daarnaast kan verzachting voortkomen uit verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. Art. 10 en 11 OESO-Modelverdrag regelt de verdeling van de heffingbevoegdheid van staten ten aanzien van dividenden en rente. Kort samengevat komt het er op neer dat het heffingsrecht wordt toegewezen aan de woonstaat, terwijl de bronstaat een beperkte (bron)belasting mag heffen waarvoor de woonstaat een voorkoming dient te geven. Het onderscheid tussen art. 10 en 11 is relevant vanwege de verschillen in bronpercentages die

zich kunnen voordoen. Per verdrag moet worden bekeken of een vergoeding valt onder art. 10 dan wel onder art. 11. Sommige verdragen zijn gebaseerd op het Nederlandse Standaardverdrag, dat op bepaalde punten anders uitwerkt dan het OESO-Modelverdrag. In vergelijkbare situaties met verschillende landen kunnen de fiscale gevolgen afhankelijk van het van toepassing zijnde verdrag derhalve ook verschillen.

EU-recht

Op art. 10, lid 1, onderdeel d valt mijns inziens EU-rechtelijk niets aan te merken. Anders is dat voor de pendant van deze bepaling in de deelnemingsvrijstelling (art. 13, lid 3, onderdeel b). Op basis van de uitkomsten van arresten zoals *Skandia*, *Euro-wings*, *Verkooijen* en *Baars* bestaat er een aanzienlijke kans dat deze bepaling in strijd wordt geacht met EU-recht. Gelet op *Schempp* en *Marks & Spencer* is dit evenwel niet zeker. Om de huidige bepaling (meer) in overeenstemming te brengen met EU-recht kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een vorm waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, tenzij de fiscus aannemelijk maakt dat er sprake is van misbruik. Vergelijk *Cadbury Schweppes*.

Door de combinatie van de M-D-richtlijn en de I&R-richtlijn ontstaat het onbevredigende resultaat dat hybride leningen in zusterrelaties tussen wal en schip komen te vallen. De M-D-richtlijn is namelijk niet van toepassing op zusterrelaties, terwijl hybride leningen niet onder I&R-richtlijn vallen. Hoewel de door de wetgever gekozen benadering niet strijdig is met deze richtlijnen, acht ik een ruimhartigere opstelling bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling gewenst. Alsdan wordt namelijk een sluitend en consistent systeem bereikt.

Ten slotte wijs ik op het risico dat art. 13, lid 3, onderdeel b strijdig is met de M-D-richtlijn. Voorwaarde is dat een hybride lening onder de M-D-richtlijn kan worden geschaard. Indien dit daadwerkelijk zo is, dan acht ik het waarschijnlijk dat art. 13, lid 3, onderdeel b strijdig is met EU-recht. Nederland past namelijk slechts de deelnemingsvrijstelling toe, indien de rente bij de buitenlandse EU-dochter op bepaalde gronden niet aftrekbaar is.

HOOFDSTUK 6

(Anti)winstdrainagebepalingen

6.1 Inleiding

Op 13 december 1996 is de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verstrekken van de fiscale infrastructuur aangenomen door de Eerste Kamer.¹ Een belangrijk deel van deze wetgeving bestaat uit bepalingen die kort gezegd rente in aftrek beperken ter zake van, in de ogen van de wetgever, gekunstelde financieringsstromen. Hieronder vallen mede bepaalde concerninterne aandelentransacties en schuldigerkenningen van dividenduitkeringen, kapitaalstortingen en teruggaven van gestort kapitaal. Ook de rente die verband houdt met de financiering van een externe overname door een zogenaamde overnameholding, wordt onder bepaalde voorwaarden in aftrek beperkt. Deze renteaftrekbeperkende maatregelen – ook wel antiwinstdrainagebepalingen genoemd – onderzoek ik nader in dit hoofdstuk.

De invoering van de winstdrainagewetgeving is een reactie op jurisprudentie waarin de fiscus verschillende malen het onderspit delfde. Om de voor rijks' schatkist nadelige gevolgen te beperken en te repareren, heeft de wetgever maatregelen getroffen. Omdat de invoering van de onderhavige wetgeving een reactie vormt op (een voor een deel in het nadeel van de fiscus beslechte) jurisprudentie en tevens voor een deel jurisprudentie codificeert, ga ik eerst nader in op deze rechtspraak. Vervolgens ga ik in op de systematiek van de ingevoerde aftrekbeperkingen art. 10a Wet Vpb 1969² (zie paragraaf 6.4-6.6) en art. 15ad³ (zie paragraaf 6.8) en onderwerp ik deze bepalingen – en de achterliggende motivering van de wetgever – aan een kritische beoordeling (zie paragraaf 6.7 respectievelijk 6.9). Hierbij besteed ik eerst aandacht aan art. 10a, dat rente definitief in aftrek beperkt en is gericht tegen structuren die in strijd komen met het doel en de strekking van het totaalwinstartikel art. 8 (juncto

1. Deze wet is ingevoerd per 24 december 1996, Stb. 1996, 651.
2. Bij verwijzingen naar artikelen wordt verwezen naar de Wet Vpb 1969, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald.
3. Omwille van de leesbaarheid verwijs ik hierna in beginsel slechts naar art. 15, lid 4 of art. 15ad. Verwijzingen naar de vergelijkbare bepalingen in art. 14a, lid 8 en 9 (juridische splitsing) en art. 14b, lid 6 en 7 (juridische fusie) blijven achterwege. Verder merk ik op dat art. 15ad is ingevoerd bij de wijziging van het regime fiscale eenheid per 1 januari 2003. De oorspronkelijke bepaling was opgenomen in art. 15, lid 4.

art. 3.8 Wet IB 2001).⁴ Daarna behandel ik art. 15ad, dat renteaftrek in overnameholdingsituaties 'slechts' temporiseert en voornamelijk is gericht tegen oneigenlijk gebruik van de fiscale eenheid.

Naast het uitvoeren van de primaire toetsing besteed ik ook aandacht aan de secundaire toets, zie paragraaf 6.7.3 (art. 10a) en 6.9.9 (art. 15ad).⁵ Voor deze wetgeving kan de secundaire toetsing overigens zeer beperkt blijven. Zo komen de dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling in het geheel niet ter sprake. De in geding zijnde leningen zijn namelijk 'echte' leningen. Het niet aan de orde komen van dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling acht ik dan ook in lijn met de wetssystematiek. Ten aanzien van internationaal belastingrecht – in het bijzonder de toepassing van verdragen – doen zich in beginsel ook geen problemen voor. Zoals opgemerkt zijn de leningen namelijk 'gewone' leningen. Van grensoverschrijdende kwalificatieverschillen, zoals die zich wel voordoen bij hybride leningen en leningen ex BNB 1988/217 (vergelijk paragraaf 5.7), is daarom in beginsel geen sprake. Daarentegen is het EU-recht wel onderwerp van onderzoek. Ten aanzien van de te behandelen renteaftrekbeperkende maatregelen – en dan met name de tegenbewijsregelingen hierbij – is het namelijk niet op voorhand duidelijk of deze bepalingen in overeenstemming zijn met EU-recht. Naast het uitvoeren van de primaire toets ga ik daarom in op de EU-rechtelijke aspecten van de antiwinstdrainagewetgeving. In paragraaf 6.10 besteed ik aandacht aan het de problematiek van de toepasselijkheid van *fraus legis* naast de winstdrainagewetgeving. Voorts bespreek ik in paragraaf 6.11 in de in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' voorgestelde wijzigingen ten aanzien van art. 10a en art. 15ad. Dit hoofdstuk sluit ik in paragraaf 6.12 af met een conclusie.

6.2 De winstdrainagejurisprudentie

6.2.1 Inleiding

Zowel art. 10a als art. 15ad vinden hun wortels in de rechtspraak. Deze bepalingen vormen deels een reactie op en deels een codificatie van de antiwinstdrainagejurisprudentie.⁶ Om de bepalingen te kunnen beoordelen, is het van belang eerst meer inzicht te krijgen in deze rechtspraak. Hierbij verdienen de arresten die in het nadeel

4. Vergelijk Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door renteaftrek*, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 3. Ook verschenen als Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door renteaftrek*, Fiscale monografieën, nr. 113 Kluwer, Deventer, 2005.
5. Hierbij breng ik deze toetsen in herinnering. De primaire toets houdt in toetsing op rechtvaardigheid, (de wet bevat geen overkill en pakt niet willekeurig uit voor belastingplichtigen), effectiviteit (de gerealiseerde doelstellingen van fiscaal beleid moeten daadwerkelijk worden gerealiseerd), efficiëntie (de gestelde doelstellingen dienen met zo min mogelijk uitvoeringskosten te worden verwezenlijkt). Naast de primaire toets ga ik kort na hoe de renteaftrekbeperking uitwerkt op de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, EG-recht, de dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling.
6. Marres omschrijft winstdrainage als het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting, Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door renteaftrek*, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 1.

van de fiscus werden beslecht en die thans door middel van wetgeving zijn 'gerepareerd', bijzondere aandacht.⁷ Deze arresten noem ik de 'aanstichterarresten', omdat (het verliezen van) deze zaken (door de fiscus) in wezen hebben geleid tot de invoering van de antimisbruikwetgeving, te weten art. 10a en art. 15, lid 4. In de (anti)winstdrainagearresten trachtte de fiscus de vermeende erosie van de Nederlandse heffingsgrondslag tegen te gaan. Hierbij vallen de volgende hoofdfiguren te onderscheiden:

1. het schuldig blijven van kapitaalstortingen, dividenduitkeringen etc.;
2. interne reorganisaties, gefinancierd met interne leningen of schuldigerkenningen al dan niet in combinatie met de figuur van de fiscale eenheid.

Tot de invoering van art. 10a en 15, lid 4 konden inspecteurs de in hun ogen ongeoorloofde renteaftrek in beginsel slechts bestrijden met richtige heffing (art. 31 AWR) en later *fraus legis*. *Fraus legis* kent twee cumulatieve toepassingscriteria: het motiefvereiste (subjectief) en het normvereiste (objectief).⁸ Nader beschouwd zijn twee aspecten relevant bij de beantwoording van de vraag of sprake is van *fraus legis*:

- het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing dan wel de vrijdeling van belastingheffing is voor de belastingplichtige het enige, althans het volstrekt overwegende motief (of de doorslaggevende beweegreden) geweest voor het sluiten van de transacties;
- het met de transacties beoogde effect/resultaat komt in strijd met het doel en de strekking van de wettelijke bepalingen.^{9,10}

Deze aspecten komen nader aan de orde bij de hierna te behandelen jurisprudentie.

6.2.2 *Interne reorganisaties*

Het merendeel van de (gepubliceerde) winstdrainagearresten betreft situaties waarin een interne reorganisatie aan de orde was, waardoor een interne vordering-schuldverhouding ontstond. Onder een interne reorganisatie, ook wel interne verhangings genoemd, versta ik in dit verband een transactie waarbij de aandelen in een vennootschap overgaan van de ene groepsmaatschappij naar een andere groeps-

7. Hierbij wijs ik in het bijzonder op HR 20 september 1995, BNB 1996/5.
8. Vergelijk Hoge Raad van 22 juli 1982, BNB 1982/242-246 HR 21 november 1984, BNB 1985/32 en HR 20 maart 1985, BNB 1985/171. Voor een nadere beschouwing van het begrip '*fraus legis*' verwijs ik naar IJzerman, R.H.L.; Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991. Vergelijk ook Haberham A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale Monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 75-128.
9. Vergelijk A-G Overgaauw in zijn conclusie bij HR 17 december 2004, onderdeel 4.1, BNB 2005/169.
10. Omdat in de navolgende jurisprudentie zowel richtige heffing als *fraus legis* aan de orde komt, zij dienaangaande nog het volgende opgemerkt. De toepassingsvoorwaarden van deze twee grootheden in het leerstuk van de wetsontduiking komen nagenoeg overeen. Een verschil is echter dat richtige heffing bepaalde rechtshandelingen negeert/elimineert, terwijl bij *fraus legis* een rechtshandeling kan worden vervangen door een zeer sterk vergelijkbare rechtshandeling (substitutie). Daarmee is *fraus legis* 'ruimer' dan richtige heffing.

maatschappij, zonder dat hierbij een feitelijke wijziging ontstaat in het uiteindelijke belang in de overgedragen vennootschap.

Het eerste (gepubliceerde) winstdrainagearrest (HR 26 april 1989, BNB 1989/217) mondde uit in een succes voor de fiscus. De Hoge Raad volgde het Hof en honoreerde het beroep van de inspecteur op art. 31 AWR. Hieraan lag ten grondslag dat:

- de overname geen wezenlijk functie vervulde in het kader van de financiering van de door de (overgenomen) vennootschap gedreven onderneming;¹¹
- vast was komen te staan dat de doorslaggevende reden voor het aangaan van de in geding zijnde transacties de verijdeling van de heffing van vennootschapsbelasting is geweest; en
- de verijdeling van belastingheffing met het toelaten van deze structuur willekeurig en voortdurend zou kunnen geschieden.

Bij vergelijking van BNB 1989/217 met latere winstdrainagearresten valt een punt in het bijzonder op. In dit arrest gaat noch de Hoge Raad, noch A-G Verburg (expliciet) in op de eventuele aanwezigheid van compenserende heffing (heffing over de rentebaten bij de crediteur). Dit betekent dat de door de Hoge Raad gekozen benadering in beginsel (economische) dubbele heffing met zich brengt.¹² Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor HR 7 juni 1989, BNB 1990/72. Uit BNB 1990/72 wordt ten opzichte van BNB 1989/217 nog duidelijk dat het bestaan van een fiscale eenheid – waardoor de rentelasten materieel ten laste (kunnen) komen van de verhangen vennootschap – geen conditio sine qua non is voor de toepasselijkheid van *fraus legis* in dergelijke winstdrainagestructuren.¹³

6.2.3 *Schuldig gebleven kapitaalstortingen en dividenduitkeringen*

Bij het opzetten van structuren die renteaftrek creëren om de Nederlandse belastinggrondslag te eroderen, werd niet alleen gebruikgemaakt van 'interne verhangingen'. Ook op andere manieren werden (aftrekbare) rentestromen op gang gebracht, zoals door schuldig gebleven dividenduitkeringen. Door een schuldig gebleven dividenduitkering stelt een vennootschap een dividend betaalbaar aan haar aandeelhouder, maar dit dividend wordt niet feitelijk uitgekeerd zodat er een schuldverhouding ontstaat tussen de aandeelhouder en de dochtervennootschap. Een dergelijke structuur

11. Anders geformuleerd is er geen sprake 'een wezenlijke verandering (...) in het belang of de zeggenschap' van de topaandeelhouder van de groep in de verhangen vennootschap. Hierbij geldt evident niet het perspectief van de belastingplichtige, maar van de uiteindelijke tophoudster in de groep. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 35. Vergelijk in dit verband tevens punt 7.9 van de conclusie van A-G Wattel bij HR 6 december 2002, BNB 2003/183 waarnaar de Hoge Raad in zijn arrest ook expliciet verwijst.

12. Vergelijk Den Boer in zijn noot onder BNB 1989/219. Weliswaar ligt het in de lijn der verwachting dat de rente tegen een zeer laag tarief wordt belast, principieel blijft er sprake van dubbele heffing.

13. Vergelijk Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 34.

is voor een belastingplichtige vooral interessant indien hij winstgevend is en de rentelasten de belastinggrondslag verminderen, terwijl de renteontvanger niet of laag wordt belast voor de ontvangen rentebaten, dan wel over compensabele verliezen beschikt die anders vrijwel niet effectief zouden kunnen worden verrekend. Een variant op dit thema is dat er niet feitelijk wordt schuldig gebleven, maar dat het uitgekeerde dividend onmiddellijk weer wordt teruggeleend van de aandeelhouder (kasrondje). Een voorbeeld van zo'n kasrondje is HR 10 maart, BNB 1993/194, waarin de rente overigens wel in aftrek werd toegelaten, omdat was komen vast te staan dat de naar Antilliaans recht opgerichte crediteur feitelijk was gevestigd in Nederland.¹⁴

6.2.4 *Introductie 'tegenbewijs'*

Compenserende heffing

In latere arresten wordt duidelijk dat de Hoge Raad onder omstandigheden wel renteaftrek toestaat in situaties van onder meer interne verhangingen. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld HR 10 maart 1993, BNB 1993/196, waarin het een interne verhangingsbetreffende die was ingegeven om de compensabele verliezen van de crediteuren te verrekenen. Door deze structuur voorkwamen de crediteuren, dat de compensabele verliezen zouden 'verdampen'.¹⁵ De verliesverrekening werd door financiering van de interne verhangingsnamelijk (aanzienlijk) versneld. De Hoge Raad achtte deze structuur evenwel niet in strijd met het doel en de strekking van de wet. Dat de crediteuren in casu over compensabele verliezen beschikten, deed volgens de Hoge Raad daaraan niet af, omdat de verrekening niet wegneemt dat de rente bij de schuldeisers ten volle als winst in aanmerking wordt genomen.

In BNB 1993/196 (en HR 10 maart 1993, BNB 1993/194) introduceert de Hoge Raad min of meer het principe van de compenserende heffing. BNB 1993/196 leert tevens dat de aanwezigheid van verliezen in beginsel niet afdoet aan compenserende heffing. Overigens wordt dit laatste door de Hoge Raad in HR 10 maart 1993, BNB 1993/197 direct genuanceerd. In dit arrest oordeelde hij namelijk dat compenserende heffing niet aan de orde komt in de situatie waarin sprake is van verrekening van gekochte verliezen door de crediteur.

Ook in HR 23 augustus 1995, BNB 1996/3 werd een rentelast gecreëerd door middel van een interne verhangings. In deze variant oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake was van *fraus legis*, ondanks het feit dat de rentebaten terecht kwamen bij een concernlichaam dat de status had van Fiscale Beleggingsinstelling (FBI) ex art. 28. De Hoge Raad meende namelijk – mijns inziens terecht – dat er, ondanks het 0%-venootschapsbelastingtarief, toch sprake was van compenserende heffing door de doorstootverplichting.

14. Een ander voorbeeld van een kasrondje in de jurisprudentie is HR 10 maart 1993, BNB 1993/197.

15. Pas met ingang van 1995 zijn compensabele verliezen namelijk onbeperkt voorwaarts verrekenbaar. Tot die tijd gold – behoudens aanloopverliezen – een periode van acht jaar. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt overigens voorgesteld de carry-forwardtermijn te beperken tot negen jaar, Voorstel van Wet, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 16.

Plc-arrest

Het verliezen van de procedure HR 20 september 1995, BNB 1996/5 (beter bekend als het Plc-arrest), was voor de wetgever een belangrijke reden om reparatiewetgeving in te voeren. De Hoge Raad oordeelde in casu dat de omstandigheid dat de buiten het Verenigd Koninkrijk geheven belasting en de ACT (advance corporation tax) worden verrekend met de verschuldigde corporation tax, niet leidt tot de gevolgtrekking dat corporation tax in feite niet wordt geheven. BNB 1996/5 is vooral belangrijk omdat de Hoge Raad met dit arrest buiten kijf stelt, dat een 'compenserende' heffing niet alleen in Nederland kan plaatsvinden, maar dat een buitenlandse heffing ook als zodanig kan kwalificeren.¹⁶

Zakelijke overwegingen

In HR 6 september 1995, BNB 1996/4 (beter bekend als het Bovag-arrest) was wederom de renteaftrek bij een interne verhangings in geding. Dit arrest is vooral interessant omdat de Hoge Raad, evenals het Hof, de financieringsbeslissing separaat toetst aan het van toepassing zijn van richtige heffing. In casu had de interne reorganisatie op zich niet de verijdeling van belastingheffing als voornaamste doel. Desalniettemin kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat de rente niet in aftrek mocht worden gebracht, omdat zijns inziens sprake was van willekeurige en voortdurende verijdeling van belasting. Ik acht dit opvallend, aangezien een dergelijke formulering past bij een situatie waarin een holding wordt tussen geplaatst uit louter fiscale motieven. Dit was hier evenwel juist niet het geval, omdat de holding uit zakelijk oogpunt werd tussen geschoven.¹⁷

Uit HR 27 september 1995, BNB 1996/6 valt ten slotte af te leiden dat – in een situatie van een interne verhangings – rente ter zake van de interne lening aftrekbaar is voor belastingplichtige wanneer tegenover een vordering-schuldverhouding tussen een crediteur en een belastingplichtige een vordering-schuldverhouding bestaat tussen een niet-gelieerde partij (een bank) en de crediteur. De achterliggende gedachte is dat de groep als geheel heeft ingeleend van een derde partij.

6.2.5 Winstdrainagejurisprudentie na invoering art. 10a en 15, lid 4**6.2.5.1 Afbakening onderzoek**

Ook na de invoering van de art. 10a en art. 15ad zijn er diverse 'renteaftrek-fraus legis'-procedures geweest¹⁸, die hebben geleid tot een verdere inkleuring van de winstdrainagejurisprudentie. Een gedetailleerde bespreking van deze arresten valt

16. Vergelijk in dit verband tevens Hof 's-Gravenhage, 21 mei 1996, V-N 1996/4759.

17. Vergelijk Hoogendoorn in zijn noot onder BNB 1996/3. In deze noot gaat hij in op BNB 1996/3-6.

18. Ik wijs op HR 17 maart 1999, BNB 1999/325, HR 30 juni 1999, BNB 1999/323, HR 13 juli 2001, BNB 2001/398, HR 10 augustus 2001, BNB 2001/399, HR 8 februari 2002, BNB 2002/118, HR 6 december 2002, BNB 2003/183, HR 23 januari 2004, BNB 2004/142. Vergelijk tevens HR 8 oktober 2004, BNB 2005/51.

evenwel buiten het bestek van dit onderzoek. Ik volsta hier met de behandeling van de punten die voor dit onderzoek van belang zijn.

6.2.5.2 Activa-passivatransacties

Hof 's-Gravenhage 8 april 1997, V-N 1997/3058¹⁹ is mijns inziens een belangrijke Hofuitspraak. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat *fraus legis* niet of nauwelijks aan de orde zal zijn bij renteaftrek die ontstaat door een (ruisende) activa-passivatransactie (de overdracht van een onderneming).²⁰ Deze uitspraak acht ik overigens (a contrario) in lijn met voorafgaande winstdrainagejurisprudentie, zoals BNB 1989/217. Daarin werd rente niet toegelaten in aftrek, omdat de rechtshandelingen (indien fiscaal gehonoreerd) naar willekeur en herhaaldelijk heffing van vennootschapsbelasting zouden kunnen vrijdelen en voorts geen betekenis hadden in de vermogenspositie van de debiteur (of de vermogenspositie of de zeggenschap van degenen bij wie het belang in de debiteur berust). In V-N 1997/3058 vindt echter wel een wijziging plaats in de vermogenspositie van de debiteur en is voorts voortdurende en herhaaldelijke belastingverijdeling niet mogelijk.²¹ De wetgever lijkt ook te hebben erkend dat rente in beginsel niet in aftrek moet worden beperkt bij activa-passivatransacties. In art. 10a is namelijk geen bepaling te vinden die renteaftrek ter zake van dergelijke transacties verbiedt.²²

6.2.5.3 Keuzevrijheid belastingplichtigen

Het arrest HR 13 juli 2001, BNB 2001/398 is mijns inziens relevant, aangezien dit een indicatie geeft wanneer er al dan niet sprake is van een samenstel van rechtshandelingen. Dit arrest is daarom niet alleen interessant voor de *fraus legis* jurisprudentie, maar ook voor de beoordeling van de toepasselijkheid van art. 10a is het belangrijk of er sprake is van een samenstel van/verband tussen rechtshandelingen. Verder is het interessant omdat de Hoge Raad in navolging van de staatssecretaris expliciet refereert aan de keuzevrijheid van belastingplichtigen. Dat in casu de acquisitie ook op andere – fiscaal onvriendelijkere – wijze had kunnen plaatsvinden, achtte de Hoge Raad niet relevant, omdat het hier geen samenstel van rechtshandelingen betreft. De Hoge Raad onderschrijft hiermee de keuzevrijheid van belastingplichtigen, zolang het geen samenstel van rechtshandelingen betreft. Belastingplichtigen zijn daarmee

19. Deze zaak betrof een aanslag over het jaar 1991. In FED is daarnaast een nagenoeg identieke zaak gepubliceerd (met naar alle waarschijnlijkheid dezelfde belastingplichtige) over het jaar 1992, Hof 's-Gravenhage 8 april 1997, FED 1997/332.

20. Anders Kruiswijk, A.; De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking, WFR 2002/1501.

21. Vergelijk in dit verband voorts het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 1.1.

22. In dit verband wijs ik nog op de volgende overweging ten overvloede van het Hof: '*dat de wetgever, zoals blijkt uit artikel 10a van de Wet (...) bij de bestrijding van niet gewenste rente-aftrekconstructies niet het oog heeft gehad op een herstructurering als de onderhavige, bestaande uit de overdracht van een onderneming*'.

dus geenszins verplicht altijd de fiscaal duurste weg te kiezen.²³ Voorts teken ik aan dat uit HR 10 augustus 2001, BNB 2001/399²⁴ blijkt dat de Hoge Raad de bewijslast in wezen 'omdraait' bij de wijze van financieren indien sprake is van een samenstel van rechtshandelingen.

Ten slotte wijs ik nog op HR 17 december 2004, BNB 2005/169, waarin de Hoge Raad op het eerste gezicht lijkt te hebben beslist dat er geen sprake kan zijn van fraus legis bij externe acquisities. In paragraaf 6.10 ga ik nader in op dit arrest. Daar verdedig ik dat met dit arrest niet vaststaat dat externe acquisities nimmer meer kunnen worden getroffen door fraus legis.

6.2.5.4 'Tegenbewijs'

Na 1997 is in de fraus-legisjurisprudentie ook het 'tegenbewijs' nader uitgekristalliseerd. In dit verband wijs ik op HR 17 maart 1999, BNB 1999/325, waarin de Hoge Raad oordeelde dat fraus legis niet aan de orde was omdat tegenover de rentelasten voordelen staan die in beginsel in de heffing kunnen worden betrokken. In casu vond evenwel geen heffing plaats op het niveau van de (Antilliaanse) crediteur. Omdat de Antilliaanse crediteur kwalificeerde als een art. 28b-vennootschap, werden de rentebaten echter via de omweg van de waardestijging van de aandelen uiteindelijk in de Nederlandse heffinggrondslag begrepen.

In HR 30 juni 1999, BNB 1999/323 lijkt de Hoge Raad terug te komen op zijn arrest BNB 1993/1997. De Hoge Raad motiveert zijn oordeel met een verwijzing naar de punten 8.1-8.4 van de conclusie van P-G Van Soest. In casu betreft het een structuur waarbij dochtervennootschappen binnen fiscale eenheid bedragen schuldig blijven aan de moedervennootschap (belanghebbende). Deze stort deze vorderingen vervolgens in een gekochte (niet gevoegde) vennootschap met (onder meer) gekochte verliezen. De overgedragen verliezen vallen in casu niet onder art. 20, lid 5. Door deze handelwijze ontstaat een vordering-schuldverhouding tussen de gekochte verliesvennootschap en belanghebbende. De Hoge Raad oordeelt dat de renteaftrek niet

23. In gelijke zin Aardema in zijn noot onder BNB 2001/398, die verwijst naar HR 11 juli 1990, BNB 1990/293 en HR 13 juli 1994, BNB 1994/269. Uit HR 6 september 1995, BNB 1996/4 blijkt evenwel dat door de zakelijkheid van een transactie niet zonder meer geen sprake is van fraus legis. Indien belastingplichtige meerdere wegen openstaan en hij dienaangaande rechtshandelingen aangaat die niet wezenlijk zijn voor het einddoel en die leiden tot willekeurige en voortdurende belastingverijdeling, komt fraus legis aan de orde. Vergelijk voorts Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 41, 43 en 44.

24. De Hoge Raad overweegt: *'Indien een vennootschap aan haar moedervennootschap een dividenduitkering doet en dit dividend schuldig blijft, zal, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, ervan moeten worden uitgegaan dat deze omzetting in vreemd vermogen niet heeft plaatsgevonden ten behoeve van de door de dochtervennootschap uitgeoefende onderneming en mitsdien geen zakelijk doel diende. (...)* (vgl. HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217). *De wetgever heeft niet beoogd een aftrek te verlenen voor rente op geldleningen ingeval die generlei functie hebben in het kader van de financiering van de door de betrokken vennootschap gedreven onderneming en de daarover verschuldigde rente niet onderworpen is aan een belasting naar de winst die volgens in Nederland geldende maatstaven als redelijk is aan te merken'.*

wordt getroffen door *fraus legis*, vooral gelet op het feit dat art. 20, lid 5 geen toepassing vindt omdat er sprake is van het voortzetten van de onderneming. Dit is opvallend aangezien dit criterium niet is aangelegd in BNB 1993/197.²⁵ Kennelijk is de Hoge Raad in BNB 1999/323 van mening dat er geen sprake is van een samenstel van rechtshandelingen bij de koop van de verliesvennootschap en het storten van de vorderingen en dat *fraus legis* daarom niet aan de orde komt.²⁶ De Hoge Raad leidt dit kennelijk af uit het feit dat de onderneming van de gekochte vennootschap nog een aantal jaar is voortgezet door belanghebbende. BNB 1999/323 is dan niet in strijd met BNB 1993/1997.

Uit Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2002, V-N 2002/23.17 valt af te leiden dat dit Hof oordeelt dat een belastingdruk van 15% in België heeft te gelden als een belastingheffing die naar Nederlandse maatstaven is aan te merken als redelijk. Het Hof baseert dit oordeel mede op de MvT TK, 1995-1996, 24 696, blz. 2. De wetgever merkt daar namelijk op dat als uitgangspunt van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing mag worden beschouwd de daadwerkelijke onderworpenheid van het inkomen, die wat betreft grondslag en tarief in overeenstemming is met de door die OESO-lidstaat gehanteerde gebruikelijke normen voor binnenlandse natuurlijke personen. Hiervan was volgens het Hof in casu kennelijk sprake.²⁷

Een belangrijk arrest – in het bijzonder ook voor de periode na de invoering van art. 10a – is HR 8 februari 2002, BNB 2002/118. Daarin gaat de Hoge Raad nader in op het antwoord op de vraag wat kan worden gezien als een compenserende heffing. In casu bleek onder meer uit de feiten dat de met de rentelasten corresponderende rentebaten op het niveau van deze Ierse vennootschap/crediteur tegen ten minste 10% werden belast.²⁸ De Hoge Raad was van mening dat gelet op het concernfinancieringsmaatschappijenregime van (het inmiddels ingetrokken) art. 15b in casu een tarief van ten minste 10% kwalificeerde als een naar Nederlandse maatstaven redelijk heffing.²⁹ Omdat een Ierse IFSC in de ogen van de Hoge Raad vergelijkbaar is met

25. Voor kritiek op dit arrest verwijs ik naar de noot van Zwemmer bij BNB 1999/323.

26. In gelijke zin Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door renteaftrek*, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 51.

27. De redactie van Vakstudie-Nieuws merkt dienaangaande het volgende op: *'Wat er overigens ook zij van de onderbouwing die het Hof geeft van dit belastingtarief als een adequate compenserende heffing, kunnen wij instemmen met dit oordeel van het Hof. Een tarief van 15% moet toch als voldoende compenserend worden beschouwd'*.

28. Deze Ierse vennootschap was een zogenoemde International Financial Service Company. In de literatuur geniet dit arrest daarom bekendheid onder de naam IFSC-arrest.

29. Voorts gaf de Hoge Raad met een verwijzing naar BNB 1996/5 wederom expliciet aan, dat *fraus legis* zich niet kan voordoen bij de aanwezigheid van een compenserende heffing, ongeacht het feit of in een zodanig geval kan worden aangenomen dat vrijdeling van de heffing van vennootschapsbelasting de doorslaggevende beweegreden vormde voor het aanvaarden van de rentelast.

een Nederlandse concernfinancieringsmaatschappij en de IFSC ten minste tegen 10% werd belast, is in casu sprake van compenserende heffing.^{30, 31}

Ten slotte wordt in HR 6 december 2002, BNB 2003/183 ingegaan op de vraag over welke periode de redelijke heffing dient te worden berekend. De Hoge Raad oordeelt daarover mijns inziens terecht, dat niet het gemiddelde tarief waarnaar de rente over de hele looptijd van de lening is belast van belang is, maar het tarief na het verplaatsen van de feitelijke leiding.³²

6.2.6 Conclusies naar aanleiding van de winstdrainagejurisprudentie

Zoals ik in paragraaf 6.2.1 aangaf, gelden voor de toepasselijkheid van *fraus legis* de cumulatieve voorwaarden van het normvereiste en het motiefvereiste. Hoewel de invulling van deze toepassingsvoorwaarden sterk feitelijk is, vormen zij voor situaties van winstdrainage wel een rode draad, zo valt uit de hiervoor behandelde jurisprudentie te destilleren.³³

30. Hoewel ik het oordeel van de Hoge Raad onderschrijf voor situaties van na 24 december 1996, kan de weg naar de uitkomst van dit arrest niet goed volgen, in gelijke zin Meussen in zijn noot onder BNB 2002/118. De 15b-wetgeving is namelijk per 13 december 1996 ingevoerd. In BNB 2002/118 betrof het evenwel een aanslag over 1989. Desalniettemin trekt de Hoge Raad ook voor dit jaar een parallel met art. 15b. In wezen wordt aan art. 15b – in ieder geval voor de compenserende heffing toets – terugwerkende kracht verleend. Dit roept tevens de vraag op hoe dient te worden aangekeken tegen de voorgenomen tariefverlagingen voor de vennootschapsbelasting. Betekent dit met terugwerkende kracht een aanpassing van de naar Nederlandse maatstaven aanvaardbare heffing? Mijns inziens is dit niet het geval. Ik acht een laag regulier vennootschapsbelastingtarief van bijvoorbeeld 25% ook thans een redelijke heffing. Als referentiekader hebben namelijk onder meer de tarieven in de OESO-lidstaten en de EU-lidstaten te gelden.
31. Overigens heeft de staatssecretaris naar aanleiding van BNB 2002/118 een Besluit uitgevaardigd, 24 mei 2002, CPP 2002/1469M, BNB 2002/241. Omdat dit Besluit vooral de mening van de staatssecretaris weergeeft – die ik overigens niet deel – blijft dit Besluit in dit onderzoek verder buiten beschouwing, mede ook gelet op de afschaffing van art. 15b. Daarenboven is dit Besluit bij Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90 ingetrokken.
32. Vergelijk in dit verband tevens HR 25 november 2005, BNB 2006/86, alwaar ten aanzien van dezelfde belastingplichtige in een later jaar de rente in het geheel niet aftrekbaar was. Dit kwam onder meer voort uit het feit dat er een verband bestond tussen de interne verhangen en het verplaatsen van de feitelijke leiding van de crediteur naar een jurisdictie met een lage belastingheffing. De redactie van Vakstudie-Nieuws merkt onder V-N 2005/59.16 op dat art. 10a, lid 2, onderdeel b in beginsel strenger uitwerkt dan *fraus legis*, omdat intenties bij het huidige art. 10a geen rol spelen. Hierbij teken ik aan dat bij het ontbreken van een vooropgezet plan wellicht de tegenbewijsregeling art. 10a, lid 3, onderdeel a toepassing vindt, mits wordt voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets. Voorts zij opgemerkt dat intenties wel een rol spelen bij het vaststellen van een verband tussen een rechtshandeling en een lening, vergelijk bijvoorbeeld Daniels, A.H.M.; in zijn noot onder HR 17 juni 2005, BNB 2005/304.
33. Vergelijk Haberham in Haberham, A.M.; Fiscale aspecten van vreemd vermogen versterkt door aandeelhouders, Fiscale Monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993, blz. 99-119, Heithuis, E.J.W.; *Fraus legis* bij leningconstructies binnen concernverband, TFO 1993/228, Essers, P.H.J.; Winstdrainage en *fraus legis*, TFO 1995/197, Heithuis, E.J.W.; Winstdrainage, externe →

In dit verband verwijs ik tevens naar de conclusie van A-G Wattel bij HR 8 februari 2002, BNB 2002/118, onderdeel 3.12. Uit de jurisprudentie leidt hij af dat bij interne verhangingen renteaftrek kan worden geweigerd indien:

1. het samenstel van rechtshandelingen geen zakelijk doel dient, althans indien in dat samenstel antifiscale rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van dat doel niet noodzakelijk zijn en die zouden leiden tot een willekeurige en potentieel voortdurende verijdeling van de belastingheffing;³⁴
2. de renteaftrek zou leiden tot strijd met het doel en de strekking van de wet doordat de belastingplichtige de grondslag van heffing min of meer discretionair zelf bepaalt.

Ik deel deze conclusie van Wattel. Daarnaast geldt mijns inziens hetzelfde voor andere samenstellen van rechtshandelingen waarbij op (volstrekt) kunstmatige wijze een rentestroom wordt gecreëerd. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan schuldig gebleven kapitaalstortingen en schuldig gebleven dividenduitkeringen. Ook de aanwezigheid van een dergelijk samenstel van rechtshandelingen kan als aanwijzing gelden, dat de gecreëerde schuldverhouding iedere bedrijfseconomische betekenis ontbeert.

Fraus legis komt niet aan de orde, indien niet wordt voldaan aan het normvereiste. Hiervan is volgens de jurisprudentie sprake indien de rente (al dan niet middellijk³⁵) is belast met:

1. Nederlandse inkomsten- of vennootschapsbelasting, ongeacht of die rente wegvalt tegen compensabele verliezen, mits die verliezen (middellijk) ten laste van de (aandeelhouder van de) crediteur zijn gekomen³⁶, of
2. een buitenlandse belasting naar de winst of het inkomen die redelijk is naar Nederlandse maatstaven, ongeacht of die rente wegvalt tegen (eigen) compensabele verliezen of andersoortige aanspraken (zie ad 1), mits de buitenlandse heffingsgrondslag dan wel betaalpositie niet wezenlijk is beïnvloed door belastingverijdelende kunstgrepen.^{37, 38}

→ acquisities en de 'verschillende wegen'-leer, WFR 1996/573 en De Haan, P.M., Perik, R.G.M. & Van Schijndel, M.P.; Fiscale actualiteiten nr. 28, Winstdrainage en concernfinanciering, Fed, Deventer, 1997, blz. 27.

34. Aanwijzingen hiervoor vormen de omstandigheden dat de zeggenschap in en de gerechtigdheid tot de reserves van de verhangen vennootschap wezenlijk ongewijzigd blijven en de gecreëerde schuldverhouding bedrijfseconomisch geen doel dient.

35. Vergelijk onder andere BNB 1996/3 inzake een doorstootverplichting ingevolge art. 28 en BNB 1999/325 inzake een art. 28b-opwaardering.

36. Vergelijk BNB 1993/6 (inzake eigen verliezen en geen fraus legis) en BNB 1993/7 (inzake gekochte verliezen en wel fraus legis). Vergelijk voorts BNB 1999/323 alwaar het wel gekochte verliezen betrof, maar de rente desondanks aftrekbaar was.

37. Vergelijk in dit verband BNB 1996/5 en V-N 1996/4759. In beide zaken werd fraus legis niet aanwezig geacht, aangezien onder meer de verrekening van credits in het buitenland door de Hoge Raad wordt gezien als compenserende heffing.

38. Zie ook Wattel in zijn conclusie bij BNB 2002/118.

De redelijke heffing over de rente op een lening dient niet te worden opgevat als een gemiddelde over de hele looptijd, maar moet dynamisch worden bepaald.³⁹

Indien er daarentegen geen sprake is van een compenserende heffing, hoeft dat niet te betekenen dat er automatisch sprake is van *fraus legis* in situaties waarin door een interne reorganisatie (of een ander complex van rechtshandelingen) een rentelast wordt gecreëerd. Wanneer er namelijk sprake is van een meer dan bijkomstig zakelijk motief ten aanzien van het te bereiken eindresultaat, is het mogelijk dat toepassing van *fraus legis* niet aan de orde komt. Hiertoe moet de vraag of de rechtshandeling (of het complex van rechtshandelingen) noodzakelijk is geweest om het beoogde zakelijk eindresultaat te bereiken, bevestigend worden beantwoord. *Fraus legis* is dan niet aan de orde. Wordt deze vraag daarentegen ontkennend wordt beantwoord, en leidt de rechtshandeling bovendien tot een willekeurige en voortdurende vrijdeling van belastingheffing, dan komt toepassing van *fraus legis* wel aan de orde.⁴⁰ Uit de winstdrainagearresten leid ik af dat belastingplichtigen in beginsel de vrijheid hebben en houden om een fiscaal voordelige route te kiezen om het zakelijk gemotiveerde doel te bereiken. Slechts in extreme situaties wordt de renteaftrek met een beroep op *fraus legis* niet gehonoreerd. Zo'n exces lijkt mij in beginsel aan de orde indien de gekozen weg leidt tot een willekeurige en voortdurende vrijdeling van belastingheffing. Waar (exact) de grens ligt, is niet op voorhand aan te geven.⁴¹

Diverse auteurs zijn van mening dat met name BNB 1996/4 aanknopingspunten biedt om te verdedigen dat *fraus legis* ook mogelijk is bij externe acquisities. In de literatuur is men verdeeld over het antwoord op deze vraag.⁴² Zoals ik hiervoor reeds aangaf, lijkt uit BNB 2005/169 te kunnen worden afgeleid dat het noodzakelijkheids criterium niet geldt voor externe acquisities. Vanwege de gebrekkige motive-

39. Vergelijk BNB 2003/183.

40. Vergelijk in dit verband het Bovag-arrest, BNB 1996/4. Heithuis komt in Heithuis, E.J.W.; Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer, WFR 1996/573 tot een vergelijkbare conclusie. Hij kiest echter de willekeurige en voortdurende vrijdeling van belasting als het centrale criterium en ziet de noodzakelijkheidseis slechts als een invulling van dit criterium.

41. Vergelijk in dit verband de bijlage bij de conclusie van A-G Van Kalmthout bij BNB 2001/398, onderdeel 3.7 en de aldaar aangehaalde literatuur.

42. Deze visie wordt verdedigd door Heithuis, Heithuis, E.J.W.; Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer, WFR 1996/573. In zijn ogen is bij een met vreemd vermogen gefinancierde externe acquisitie en waar geen compenserende heffing plaatsvindt ten aanzien van de rentebaten bij de crediteur, ook een rol weggelegd voor de toets of het zakelijk gemotiveerde eindresultaat niet wordt bereikt via een route die leidt tot een willekeurige en voortdurende vrijdeling van belastingheffing. Vergelijk tevens Kruiswijk, A.; De winstdrainagebepalingen en het leerstuk van de wetsonthouding, WFR 2002/1501. Michielse komt daarentegen in Michielse, G.M.M.; De buitenlandse 'compenserende heffingsgrondslag': een bananenschil, WFR 1996/245, tot de conclusie dat in geval van een externe overname geen sprake is van strijd met het doel en de strekking van de wet, aangezien er sprake is van een wezenlijke verandering in het belang en de zeggenschap in de verkregen vennootschap. In gelijke zin Papen, J.; Rentelasten en compenserende heffing in (internationaal) concernverband: een overzicht, WFR 1996/255 en De Soeten, G.H.; Winstdrainage en *fraus legis*, WFR 2003/256 (met naschrift van Kruiswijk).

ring van dit arrest bestaat hierover mijns inziens nog geen zekerheid. In paragraaf 6.10 ga ik nader in op deze kwestie.

De fiscus is op verschillende fronten succesvol ten strijde getrokken tegen de uitholling van de belastinggrondslag.⁴³ Desalniettemin heeft hij op bepaalde punten ook bakzeil moeten halen. Een belangrijke conclusie is dat – getuige BNB 1996/5 – een multinational effectief in Nederland belastbare winst kan aanwenden om buitenlandse verliezen, voorheffingen en tax-credits te verrekenen. Dit betekent voor de Nederlandse staat een potentiële bedreiging van de Nederlandse heffingsgrondslag, en daarom heeft de wetgever reparatiewetgeving geïntroduceerd. Deze wetgeving staat hierna centraal.

6.3 Motivatie van de wetgever voor invoering art. 10a

De motivatie van de wetgever om te komen tot art. 10a is van tweeërlei aard.⁴⁴ Met de invoering van deze bepaling wilde hij in de eerste plaats de winstdrainagejurisprudentie op het gebied van kasrondjes en verhangingen binnen concernverband voor een deel codificeren, ten gunste van de duidelijkheid en rechtszekerheid.⁴⁵ Ten tweede wilde hij de winstdrainagejurisprudentie op bepaalde punten aanscherpen, vooral ook op het gebied van het tegenbewijs. De invoering van art. 10a beoogde met name het tegengaan van gekunstelde belastingbesparende constructies.⁴⁶

De wetgever was bepaald niet gelukkig met de uitkomst van BNB 1996/5, waarin de Hoge Raad bepaalde dat als 'een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing' mede buitenlandse (redelijke) heffingen kunnen worden beschouwd, ook al leidt deze heffing niet (direct) tot feitelijke betaling van belasting vanwege de aanwezigheid van buitenlandse voorheffingen, tax-credits en/of verliezen. Hij was bevreesd dat de uitkomst van BNB 1996/5 zou leiden tot erosie van de Nederlandse belastinggrondslag.⁴⁷ Voorts was de wetgever in zijn algemeenheid gekant tegen kasrondjes, ongeacht of in dit verband sprake was van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Hij meent dat door middel van kasrondjes op elk willekeurig moment een rentelast kan worden opgeroepen, waardoor de Nederlandse heffingsgrondslag naar willekeur zou kunnen worden geërodeerd.⁴⁸

Met de invoering van art. 10a beoogt de wetgever dus de lijn van de arresten van de Hoge Raad van augustus en september 1996 te volgen, waarbij hij voor zowel binnenlandse als buitenlandse situaties het doel en de strekking van de wet wijzigt.⁴⁹

43. Vergelijk bijvoorbeeld BNB 1989/217, BNB 1990/72, BNB 1993/197 en 1996/4.

44. Zie MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14.

45. Vergelijk ook Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 7.

46. Zie MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 2 en Nota navv, TK, 1995-1996, blz. 4.

47. Zie MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 15-16.

48. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 11.

49. Vergelijk MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 15-16.

- de schuldigerkenning van een winstuitdeling, teruggaaf van gestort kapitaal en kapitaalstorting (behoudens bepaalde solvabiliteitsgaranties) komt altijd in strijd met het doel en de strekking van de wet (dus geen renteaftrek);⁵⁰
- bij rentebetalingen aan gelieerde lichamen of natuurlijke personen, die verband houden met bepaalde rechtshandelingen, is in beginsel sprake van strijd met het doel en de strekking van de wet (dus geen renteaftrek), tenzij sprake is van een compenserende heffing (of zakelijke overwegingen). Van compenserende heffing is geen sprake indien:
 - de rente bij de crediteur wordt afgezet tegen oude compensabele verliezen; of
 - de lening is aangegaan om toekomstige verliezen te verrekenen.

Samengevat brengt art. 10a – naast codificatie van jurisprudentie – volgens de wetgever met zich dat een wijziging wordt aangebracht in de aftrekbaarheid van de rente naar aanleiding van de arresten BNB 1993/196 en BNB 1996/3-6.⁵¹ Daarnaast is de verdeling van de bewijslast een zeer belangrijk verschil ten opzichte van de situatie voor de invoering van art. 10a. Deze is – bewust – verschoven ten nadele van belastingplichtige.⁵²

Zeker na BNB 1996/5 is de vrees van de wetgever voor uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag enigszins te rechtvaardigen, toch acht ik zijn motivatie niet bijzonder sterk.

Getuige de MvT komt de reparatiewetgeving voor een belangrijk deel voort uit de vrees voor de ACT-miljarden.⁵³ Het is inderdaad zeer wel mogelijk, dat Britse multinationals voor miljarden onverrekenende ACT-surplussen hebben. Dat betekent echter niet per definitie dat al deze concerns één of meer dochtervennootschappen in Nederland hebben, die allen dusdanige jaarwinsten laten zien dat het creëren van een rentestroom door een interne verhangings fiscaal zijn vruchten afwerpt. Immers, om winst te draineren moet er in eerste instantie wel winst zijn. Dat neemt echter niet weg dat het gevaar van winstdrainage zich ook zou kunnen voordoen bij andere landen, in het bijzonder wanneer multinationals buitenlandse compensabele verliezen hebben. Desalniettemin was een meer gefundeerde opvatting van de wetgever op

50. Na de Nota van wijziging staat op dit gebied evenwel ook tegenbewijs open in de zin dat aanmerkelijk kan worden gemaakt dat aan de schuldigerkenning in overwegende mate zakelijk overwegingen ten grondslag liggen. Na de Besluiten van de staatssecretaris van 6 augustus 2002, nr. CPP2002/737, BNB 2002/389, V-N 2002/39.16 en 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13 geldt voor schuldigerkenningen ex art. 10a, lid 1 ook compenserende heffing als tegenbewijs, zij het dat het een strenge vorm van compenserende heffing betreft. Het Besluit van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13 is vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90. De compenserende heffing voor lid 1 is opgenomen in paragraaf 1.5.

51. Vergelijk MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 15.

52. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 22.

53. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 15-16. Vergelijk BNB 1996/5 (Plc-arrest).

zijn plaats geweest.⁵⁴ Tegelijk met de invoering van art. 10a, heeft de wetgever ter versterking van de fiscale infrastructuur ook voor belastingplichtigen gunstige bepalingen ingevoerd zoals art. 7, lid 5 (regeling functionele valuta) en art. 15b (concernfinancieringregime).⁵⁵

6.4 Renteaftrek terzake van schuldigerkenningen

6.4.1 Hoofregel

Ingevolge het eerste lid van art. 10a komt rente – inclusief kosten en valutaresultaten – niet in aftrek indien deze rente voortkomt uit de schuldigerkenning aan de recht-hebbende van een:

1. winstuitdeling;
2. teruggaaf van gestort kapitaal;
3. kapitaalstorting; of
4. aflossing of verstrekking van een hybride lening.

Wellicht ten overvloede merk ik op dat de rente die verband houdt met een van deze besmette rechtshandelingen in beginsel niet aftrekbaar is voor degene die schuldig blijft, maar dat de corresponderende rentebate wel wordt belast bij de ontvanger van de rente. In situaties waarin de crediteur wordt belast over de rentebaten leidt art. 10a derhalve in beginsel tot dubbele heffing.⁵⁶

54. In gelijke zin Lier: *'Het is spijtig dat een zo belangrijke en fundamentele ingreep in de Wet op de vennootschapsbelasting ten dele wordt gebaseerd op vage geruchten en oppervlakkige inschattingen zonder dat daar een nadere kwalificatie aan ten grondslag wordt gelegd'*. Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek; Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

55. Opgemerkt zij dat de Europese Commissie in een beschikking van 17 februari 2003 (Pb EG van 18 juli 2003 nr. L 180/52, C 2003/568) heeft beslist dat art. 15b onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, dat Nederland deze regeling dient af te schaffen en dat er een overgangsregeling geldt voor vóór 12 juli 2001 bestaande situaties tot uiterlijk 31 december 2010. Daaraan heeft de staatssecretaris de conclusie verbonden geen nieuwe verzoeken tot toepassing van art. 15b in behandeling te nemen.

56. In situaties waarin succesvol tegenbewijs wordt geleverd is dit niet het geval. Op de mogelijkheden tot het leveren van tegenbewijs kom ik hierna nog terug. Dubbele heffing kwam voorts niet aan de orde indien de overgangsregeling van toepassing was. De inmiddels verstreken overgangsregeling gold voor de jaren 1997 tot en met 2001. Deze hield kort samengevat in, dat indien de rente ingevolge art. 10a niet aftrekbaar is op het niveau van de schuldenaar, de rente evenmin wordt belast bij de renteontvanger. Deze uitzondering gold (hoewel de letterlijke wettekst anders doet vermoeden) slechts voor bestaande situaties en niet voor structuren die zijn opgezet na 1997, zie HR 20 december 2002, BNB 2003/185, 20 december 2002, BNB 2003/186 en HR 7 februari 2003, BNB 2003/187. Omdat deze aanpassing plaats heeft bij de debiteur in plaats van bij de crediteur werkt de overgangsregeling niet in grensoverschrijdende situaties. Strijdigheid met EU-recht is derhalve zeker niet ondenkbaar. In dit onderzoek vormt de overgangsregeling echter geen onderwerp van verdere studie. Zie hiervoor nader Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 230-231 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 181-183.

Hoewel de hoofdregel van het eerste lid van art. 10a relatief eenvoudig is, is de invulling daarvan dat op bepaalde punten mijns inziens niet. Allereerst is het de vraag welke kosten onder het bereik van art. 10a vallen. Voorts is het de vraag wat moet worden verstaan onder rechthebbende. Ten slotte is het de vraag wat de reikwijdte van dit eerste lid is, gelet op de frase rechtens dan wel in feite, direct of indirect. Aangezien de antwoorden op deze vragen van belang zijn om art. 10a te kunnen beoordelen, ga ik hierna nader op deze punten in.

6.4.2 *Rente, kosten en valutaresultaten*

Bij het schuldig blijven van winstuitdelingen, kapitaalstortingen, kapitaalruggaven en aflossingen of verstrekkingen van een hybride lening⁵⁷, wordt de rente in beginsel niet toegelaten in aftrek op de winst. Deze aftrekbeperking blijft evenwel niet beperkt tot rente. Onder rente worden namelijk ook kosten en valutaresultaten begrepen. Blijkens de Nota navv dient het begrip kosten ruim te worden opgevat.⁵⁸ Hieronder vallen zeer waarschijnlijk bijvoorbeeld ook bankkosten en juridische (advies)kosten voor het opstellen van de leenovereenkomst.⁵⁹ Verder vallen ook valutaverliezen ter zake van een besmette lening onder het bereik van art. 10a, almede kosten om valutarisico's of andere risico's af te dekken.⁶⁰

Opgemerkt zij dat naar de letter van de tekst van art. 10a alleen valutaverliezen buiten de winst worden gehouden. Valutawinsten en winsten op instrumenten om koersrisico's af te dekken vallen daarentegen onder het heffingsbereik van de vennootschapsbelasting. Een saldering van kosten en winst lijkt mij echter een redelijkere oplossing⁶¹, eventueel met de beperking dat een dergelijke saldering niet kan leiden tot een aftrekbaar verlies.⁶² Daarnaast kan deze bepaling leiden tot het onbevredigende resultaat: het verlies in jaar 1 op een schuld die luidt in een buitenlandse valuta als gevolg van een koersstijging van die buitenlandse munteenheid, kan niet ten laste worden gebracht van de winst, terwijl een winst op diezelfde schuld door een koersdaling van de munteenheid tot het niveau van het begin van jaar 1 aan het eind van jaar 2 – het moment van aflossing – leidt tot een belastbare winst voor de geldnemer. Het is redelijker om winsten die de pendant vormen van eerder geleden

57. Ter wille van de leesbaarheid wordt de frase winstuitdelingen, teruggaven van gestort kapitaal, kapitaalstortingen en aflossingen of verstrekkingen van een hybride lening afgekort tot winstuitdelingen enz.

58. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30.

59. Vergelijk Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 222.

60. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30.

61. In dezelfde zin De Vries, R.J.; Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1996 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524. De redactie van Fiscale Encyclopedie de Vakstudie merkt in aantekening 11 bij art. 10a op dat het voor de hand ligt om valutaresultaten naar analogie met het (oude) art. 13, lid 1 buiten de heffing te houden. Vergelijk ook Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 222.

62. Een andere mogelijkheid is de invoering van een carry-forwardregeling ex art. 13a. Een dergelijke oplossing blijft binnen de bestaande wetgeving.

niet-aftrekbare verliezen, niet te rekenen tot de winst.⁶³ In dit verband kan allereerst worden gewezen op art. 13, lid 1 (tekst tot 2004), waar onder voorwaarden valuta-winsten en verliezen van heffing respectievelijk aftrek waren uitgesloten.

Ook wil ik wijzen op de aanhef van art. 10, lid 1, onderdeel d. De frase '*komen niet aftrek*' lijkt te impliceren dat een stijging van de vreemde valuta waarin de lening denomineert ten opzichte van de euro niet leidt tot een aftrekbaar verlies voor de schuldenaar, terwijl een stijging van de euro ten opzichte van de vreemde valuta wel leidt tot een belaste winst. Deze problematiek is aan de orde geweest in de Nota navv.⁶⁴ De wetgever gaf toen aan dat zowel opwaarderingen als afwaarderingen de fiscale winst niet raken.⁶⁵ Voor art. 10a ontbreekt een dergelijke toezegging. Kosten van instrumenten die dienen ter afdekking van valutarisico's zijn voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d overigens in beginsel aftrekbaar doordat dergelijke instrumenten geen onderdeel uitmaken van de relatie tussen de debiteur en de crediteur.⁶⁶ Eventuele voordelen die voortvloeien uit het afdekken van dergelijke risico's zijn daarbij overigens wel belast.⁶⁷

Ten slotte kan nog de vraag opkomen hoe de rente op schuldig gebleven niet-aftrekbare rente dient te worden behandeld. De tekst van art. 10a lijkt deze renteaftrek toe te staan. Ik betwijfel of dit de bedoeling is geweest van de staatssecretaris.

In dit verband verwijs ik naar HR 17 november 1993, BNB 1994/274, waarin de Hoge Raad ter zake van art. 13, lid 4 (oud) oordeelde dat de rentekosten niet in aftrek op de winst mochten komen. Deze kosten hielden namelijk verband met de aangekochte deelneming. De formulering van het toenmalige art. 13, lid 4 (en het latere art. 13, lid 1, tekst tot 2004), waarin wordt gesproken van '*kosten welke verband houden met*', is ruimer dan die van art. 10a, lid 1.⁶⁸

63. De motivering van de staatssecretaris van een dergelijke onevenredige behandeling van valuta-resultaten en kosten ontbreekt in de parlementaire behandeling. Overigens kan een belastingplichtige er voor zorgen dat alleen 'echte' winst wordt belast. Goedkoopmansgebruik verplicht mijns inziens namelijk niet tot het nemen van verlies. Indien er wordt gewaardeerd op historische koers, is er geen tussentijds niet-aftrekbaar verlies en is eventueel behaalde winst ook daadwerkelijk winst.

64. Nota navv, EK 2001-2002, 28 034, blz. 7.

65. Zie uitgebreider paragraaf 4.3.2.1.

66. Nota navv, EK 2001-2002, 28 034, blz. 7. In zijn brief van juli 2002, nr. WDB 2001-655 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, in antwoord op vragen door het Tweede Kamerlid De Haan (CDA), herhaalt de staatssecretaris dit.

67. Dit verschil in fiscale behandeling voor de instrumenten die risico's afdekken tussen art. 10, lid 1, onderdeel d en art. 10a komt op het eerste gezicht vreemd voor. Dit onderscheid komt mijns inziens echter voort uit het feit dat beide regelingen een heel ander achtergrond hebben: art. 10a het bestrijden van winstdrainage en art. 10, lid 1, onderdeel d het gelijk behandelen van hybride leningen met eigen vermogen.

68. Vergelijk de redactie van Fiscale Encyclopedie de Vakstudie in aantekening 10 bij art. 10a.

Doel en strekking van dit artikel brengen wellicht mee dat 'rente over besmette rente' evenmin ten laste van de winst mag worden gebracht.⁶⁹ Daar kan tegenin worden gebracht dat art. 10a antimisbruikwetgeving is, die naar haar aard beperkt dient te worden uitgelegd. Daarnaast acht ik het verdedigbaar dat geen sprake is van voortdurende en willekeurige belastingverijdeling en/of het omvormen van eigen vermogen in vreemd vermogen. Normaliter leidt het lenen van een laagbelaste crediteur niet tot toepasselijkheid van art. 10a. Daartoe moet namelijk sprake zijn van een situatie ex lid 1 of lid 2.

6.4.3 *Rechthebbende*

Onder 'rechthebbende' dient te worden begrepen de rechthebbende tot de dividenden enz.⁷⁰ Hoewel dit niet zonder meer blijkt uit de parlementaire geschiedenis (daar wordt namelijk herhaaldelijk gesproken van schuldigeringen binnen concern), kan een rechthebbende mijns inziens niet alleen een lichaam zijn, maar ook een natuurlijk persoon. Omdat de dividenden etc. worden schuldig gebleven, is de rechthebbende normaliter tevens de crediteur. Toepassing van art. 10a, lid 1 blijft evenwel niet beperkt tot situaties van directe schuldigering. Beperking van de renteaftrek kan ook aan de orde komen indien de rechthebbende de belastingplichtige op indirecte wijze (bijvoorbeeld door tussenkomst van een derde) in staat stelt een winstuitkering enz. te doen. Verder is het zo dat – anders dan bij het hierna nog te behandelen tweede lid van art. 10a – de wettekst niet vereist dat er verbondenheid ex art. 10a, lid 4 of lid 5 bestaat tussen de rechthebbende en de belastingplichtige. Ook situaties van schuldig gebleven dividenduitkeringen aan aandeelhouders met relatief kleine belangen vallen derhalve onder het bereik van art. 10a, lid 1.⁷¹ In de wetsgeschiedenis wordt evenwel een ander beeld geschetst. Herhaaldelijk wordt aangegeven dat art. 10a, lid 1 is gericht tegen kasrondjes binnen concernverband.⁷² Gelet op de ratio van de regeling, betwijfelt Meijer of aan de formulering van art. 10a, lid 1 een bewuste keuze ten grondslag ligt om tevens schuldigeringen buiten concernverband te treffen. Deze twijfel acht ik terecht, getuige ook de volgende opmerking van de wetgever in de Nota navnv:

'Anders gezegd, bij artikel 10a, eerste lid, gaat het om situaties waarbij nergens binnen het concern een feitelijke wijziging in het werkkapitaal optreedt. De etikettering kan aldus naar willekeur geschieden'.⁷³

69. In dit kader wijs ik nog op de behandeling van rente over rente ter zake van een schuld die is aangegaan voor de verwerving van een eigen woning. De rente over rente valt niet onder art. 3.120 aanhef en lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001. Deze rente ter zake van die schuld valt in box 3, aangezien deze schuld een te ver verwijderd verband heeft met de eigen woning. Mogelijk is dit voor rente over art. 10a-rente ook het geval.

70. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29.

71. In gelijke zin Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 25 en de daarin aangehaalde literatuur.

72. Vergelijk bijvoorbeeld MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14-15.

73. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 7.

Indien ook 'derden'⁷⁴ aandeelhouder zijn, lijkt mij dat van etikettering naar willekeur geen sprake zal zijn, zelfs als deze aandeelhouders sterk in de minderheid zijn.⁷⁵ Bovendien zou een dergelijke opstelling van de rechthebbende (en de belastingplichtige) met zich brengen dat de emissie van nieuwe aandelen aan 'derden' in de toekomst zo goed als onmogelijk is. De vraag rijst of de door Meijer aangesneden kwestie ook daadwerkelijk problemen zal opleveren. Deze vraag kan waarschijnlijk ontkennend worden beantwoord. Voor toepassing van art. 10a, lid 2, onderdeel a is namelijk aangegeven dat het voeren van een consistente dividendpolitiek als zake-lijk valt aan te merken. Voor toepassing van het eerste lid zal dit mijn inziens niet anders zijn, zodat in situaties waarin 'derden' zijn betrokken en dividenduitkeringen schuldig worden gebleven de rente in beginsel toch aftrekbaar blijft. Desalniettemin verdient het mijn voorkeur om de tekst van het eerste lid zodanig aan te passen dat toepassing beperkt blijft tot schuldigerkenningen van winstuitdelingen enz. aan verbonden lichamen.

6.4.4 *Besmette handelingen*

In paragraaf 6.4.1 gaf ik de rechtshandelingen aan die in beginsel besmette rente met zich brengen. Een voorbeeld van zo'n rechtshandeling vinden we in BNB 1993/197. In dit arrest werd van derden een vennootschap overgenomen met daarin compensabele verliezen. De overnemende partij stortte kapitaal in deze nieuwe dochter en de verstrekte gelden werden voor een belangrijk deel weer teruggeleend. In casu sanctioneerde de Hoge Raad de renteaftrek, aangezien het gestorte agio geen reële betekenis had en in casu voorts 'gekochte' verliezen werden verrekend. Thans valt zo'n situatie onder het bereik van art. 10a, lid 1 als een rechtens dan wel in feite direct of indirect schuldig gebleven kapitaalstorting.

Toepassing van art. 10a, lid 1 blijft evenwel niet beperkt tot de in paragraaf 6.4.1 genoemde hoofdvormen. Ook indien er formeel geen sprake is van een schuldigerkenning maar materieel wel, kan de rente in aftrek worden beperkt. Dit vloeit voort uit de in het eerste lid opgenomen frase 'rechtens dan wel in feite direct of indirect'. Dit zinsdeel kan worden opgedeeld in twee onderdelen:

- rechtens dan wel in feite; en
- direct of indirect.

Op deze twee onderdelen ga ik hierna nader in.

Rechtens dan wel in feite

Art. 10a, lid 1 ziet niet alleen op het beperken van de rente ter zake van het schuldig blijven van formele winstuitdelingen enz. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever de frase 'rechtens dan wel in feite' opgenomen om ook verkapte

74. Onder derden versta ik hier geen verbonden lichamen of verbonden natuurlijke personen.

75. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld de (onder het oude BW gewezen uitspraak) Hof Arnhem 26 mei 1992, NJ 1993/182.

winstuitdelingen enz. onder het bereik te brengen van art. 10a.⁷⁶ Bij een onzakelijk hoge prijsstelling bij de verwerving van goederen of diensten door een dochter van een moeder brengt dit mee dat een schuldig gebleven bedrag moet worden gesplitst in een besmet deel en een zakelijk deel.⁷⁷ Het is overigens de vraag of de wetgever met het opnemen van de onderhavige zinsnede in feite ook heeft bereikt dat ingevolge deze frase verkapte dividenduitkeringen onder het bereik van art. 10a zijn gebracht. Met Marres ben ik van mening dat dit niet het geval is⁷⁸, omdat de woorden 'in feite' namelijk niet verwijzen naar 'winstuitdeling enz.', maar naar 'schuldig gebleven'.

Deze ommissie heeft mijns inziens evenwel geen nadelige gevolgen voor de schatkist. Een juiste toevoeging van 'in feite' acht ik namelijk niet nodig om verkapte winstuitdelingen enz. onder de strekking van art. 10a te brengen. Onder de term 'winstuitdelingen' vallen namelijk ook verkapte winstuitdelingen, en de begrippen 'kapitaalstorting' en 'teruggave van gestort kapitaal' zien ook op verkapte stortingen en teruggaven.⁷⁹ Het opnemen van de frase 'rechtens dan wel in feite' acht ik daarom overbodig, althans voor de invulling die de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis voor ogen staat. Marres is van mening dat de meer logische uitleg van de wettekst is dat met 'in feite' wordt bedoeld op de economische betekenis van een schuldverhouding.⁸⁰ Hierbij valt te denken aan een situatie waarin een winstuitdeling niet schuldig wordt gebleven, maar daadwerkelijk wordt betaald, terwijl de dividenduitbetalende partij vervolgens direct een lening aangaat bij de dividendontvangende partij. Evident is dat de wetgever ook deze situaties wil vatten onder art. 10a, lid 1.⁸¹ De door Marres bepleitte uitleg acht ik logisch. Deze invulling sluit mijns inziens ook naadloos aan op de wettekst. Ik acht het daarom onbegrijpelijk dat de

76. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29: *'Met de term in feite wordt bij voorbeeld bedoeld op de situatie waarbij de dochter civielrechtelijk gezien geen dividend uitkeert, maar op instigatie van de moeder leveranties of diensten verricht zonder dat daarvoor een "arm's length" prijs in rekening wordt gebracht (een zogenoemde vermomde winstuitdeling). Ingeval de dochter bij voorbeeld goederen tegen een te hoge prijs van de moeder aankoopt en de aankoopssom schuldig blijft, zal de geldlening die betrekking heeft op de te veel in rekening gebrachte prijs bestreken worden door het eerste lid'*. Vergelijk in dit verband tevens Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 16.

77. In gelijke zin Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 223.

78. Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

79. Voor de dividendbelasting besliste de Hoge Raad in HR 28 juni 1978, BNB 1978/254 immers dat informeel kapitaal zoveel mogelijk gelijk moet worden behandeld met formeel gestort kapitaal. Verder wijs ik nog op HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 waarin de Hoge Raad kort samengevat tot het oordeel kwam dat informeel kapitaal gelijk moet worden behandeld met formeel kapitaal. Vergelijk in dit verband tevens HR 25 november 2005, BNB 2006/82. Ook uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever een ruime invulling voorstaat van het begrip gestort kapitaal: *'dat onder gestort kapitaal niet slechts het nominaal gestorte kapitaal wordt verstaan, maar tevens het agio. Voorts wordt een informele kapitaalstorting eronder begrepen'*, Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30.

80. Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

81. Zie bijvoorbeeld Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 11 en blz. 31.

wetgever zich herhaaldelijk op andere wijze uitlaat. Ondanks deze andere uitleg in de parlementaire geschiedenis pleit ik er voor om art. 10a, lid 1 als volgt in te vullen:

- verkapte dividenduitkeringen en verkapte terugbetalingen van kapitaal etc. vallen onder de begrippen dividenduitkering, terugbetaling van kapitaal etc. in art. 10a⁸²; en
- complexen van rechtshandeling die rechtens formeel geen schuldigerkenning vormen, maar daarmee in feite overeenkomen, dienen op grond van de frase ‘rechtens dan wel in feite’ onder het bereik van art. 10a te worden begrepen. Het betreft situaties waarin een verband bestaat tussen de dividenduitkering etc. en het aangaan van de lening. Daarbij maakt het niet uit of eerst de lening wordt aangegaan, of eerst de dividenduitkering plaatsvindt.

Direct of indirect

Met de frase ‘direct of indirect’ is beoogd ook rentebetalingen aan derden van aftrek uit te kunnen sluiten.⁸³ Hierbij valt te denken aan de situatie waarin een lening formeel is verstrekt door een ander dan de rechthebbende⁸⁴, terwijl de rechthebbende dit andere lichaam op de één of andere manier in staat heeft gesteld de lening aan de debiteur te verschaffen. Achtergrond van deze frase is te voorkomen dat door het eenvoudigweg tussenschuiven van een andere partij de werking van art. 10a wordt gefrustreerd.⁸⁵

Het is overigens de vraag of de toevoeging ‘direct of indirect’ ook daadwerkelijk het door de wetgever beoogde effect heeft. In de situatie dat een belastingplichtige geld inleent van een derde (hierdoor in staat gesteld door zijn moedervennootschap) om vervolgens een dividend uit te keren, kan mijns inziens niet worden gesteld dat er (indirect) sprake is van een schuldig gebleven winstuitkering.⁸⁶ Er is immers daadwerkelijk dividend uitgekeerd en er bestaat een schuldrelatie tussen belastingplichtige en de derde.⁸⁷ Weliswaar is de derde door de moeder van belastingplichtige in staat gesteld om de lening te verstrekken, dit doet niet af aan het feit dat er daadwerkelijk dividend is uitgekeerd. Desalniettemin acht ik het niet uitgesloten dat dergelijke situaties tevens onder het bereik van art. 10a, lid 1 kunnen worden gebracht. Gesteld kan worden dat er sprake is van een in feite indirect schuldig gebleven dividenduitkering. In plaats van het direct aangaan van een lening door de belastingplichtige bij de rechthebbende – waardoor dus sprake zou zijn geweest van een feitelijke schuldig blijven van een winstuitdeling – wordt (indirect) een lening opgenomen bij een derde al dan niet gelieerde partij.

Het is evident dat met ‘indirect’ niet is bedoeld op situaties waarin rechtstreeks wordt schuldig gebleven, maar waarin via een al dan niet gelieerde derde een rente-

82. In gelijke zin Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 14.

83. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30.

84. Dit kan een gelieerde partij zijn, maar ook een (niet-gelieerde) bank.

85. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29.

86. Vergelijk ook Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 17.

87. Vergelijk Michielse, G.M.M.; Wetsvoorstel uitholling belastinggrondslag, Een gemiste kans, FED 1996/433.

stroom op gang wordt gebracht. Naast de door de wetgever opgeroepen onduidelijkheid ten aanzien van de frase 'rechtens dan wel in feite', zaait de wetgever tevens verwarring over de invulling van 'direct of indirect'. Ten aanzien van situaties waarin een derde is tussen geschakeld, spreekt hij namelijk bij voortduring van 'in feite' in plaats van 'in feite indirect'.

*In de MvT merkt de wetgever namelijk dienaangaande op: 'Dit brengt met zich dat de rente van een lening die formeel afkomstig is van een derde (bijvoorbeeld een financiële instelling) terwijl er in feite (onderstreping JvS) sprake is van rente ter zake van een hiervoor bedoelde schuldgerekening, niet in aftrek kan worden gebracht. Of de rente hier in feite (onderstreping JvS) mee samenhangt, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden. In dit verband kunnen worden genoemd de rente, de looptijd van de lening, het overeengekomen aflossingsschema, de hoogte van de verstrekte lening in relatie tot het uitgekeerde dividend, het terugbetaalde kapitaal of de kapitaalstorting en voorts eventueel gestelde zekerheden. Deze omstandigheden kunnen in onderlinge samenhang bezien tot de conclusie leiden dat de aan het crediteurschap verbonden risico's in feite (onderstreping JvS) niet worden gedragen door de juridische schuldeiser maar bij voorbeeld door de moedermaatschappij. Dit zal zich bij voorbeeld voordoen in het geval een dochtermaatschappij bij een derde een lening afsluit teneinde dividend uit te betalen of gestort kapitaal terug te betalen. Neemt de moedermaatschappij de lening aan de dochter van de derde over of loopt zij een reëel risico te worden aangesproken voor de terugbetaling van de lening dan doet zich materieel (onderstreping JvS) gezien een schuldgerekening van dividend of teruggaaf van gestort kapitaal voor (...)'.*⁸⁸

Marres verdedigt aan de hand van deze passage dat garantstellingen e.d. onder het bereik van 'in feite' vallen in plaats van onder 'indirect'.⁸⁹ Ik acht deze lezing onjuist, omdat het doel van deze passage niet zozeer is het begrip indirect uit te leggen, maar te antwoorden op de vraag of een bepaalde rente samenhangt met een schuldgerekening.⁹⁰ Ik onderschrijf de opvatting van de staatssecretaris, dat art. 10a toepassing zou kunnen vinden in relaties met derden indien in feite indirect wordt schuldig gebleven. De derde wordt immers door de rechthebbende in staat gesteld de lening te verstrekken.⁹¹

Hybride leningen

Met ingang van 1 januari 2003 vallen ook schuldig gebleven aflossingen en verstrekkingen van hybride leningen ex art. 10, lid 1, onderdeel d onder het bereik van art. 10a, lid 1. In lid 2 zijn in de onderdelen a en b vergelijkbare uitbreidingen opge-

88. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

89. Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

90. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

91. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29.

nomen.⁹² Ook art. 15ad is op dergelijke wijze uitgebreid.⁹³ Hiermee heeft de wetgever een dreigende mogelijkheid tot misbruik willen afwenden. Hoewel ik de handelwijze van de wetgever onderschrijf, in de zin dat ik het raadzaam acht dat hij deze vorm van potentieel misbruik wil uitsluiten, is het de vraag of deze uitsluiting wel strikt noodzakelijk was. Ik acht het namelijk niet uitgesloten dat dergelijke situaties al kunnen worden gevangen onder *fraus legis*.⁹⁴ De structuur als het schuldig blijven van de verstrekking van een hybride lening zal namelijk veelal iedere reële bedrijfs-economische betekenis missen en louter zijn opgezet om fiscaal voordeel te behalen. De tijdens de parlementaire behandeling gestelde vraag of een dergelijk feitencomplex wel fiscaal relevant is, acht ik in dat licht zeker niet onbegrijpelijk.⁹⁵

Uit de civielrechtelijke jurisprudentie kan worden afgeleid dat dergelijke complexen van rechtshandelingen mogelijk zijn.⁹⁶ In dergelijke situaties is men naar mijn mening normaliter wel aanbeland aan het einde van de fiscale weg. Het tegenbewijs van zakelijke overwegingen lijkt in zulke situaties niet of nauwelijks meer te leveren. Opgemerkt zij nog wel dat in situaties dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt, tweemaal dubbele heffing optreedt. Immers, de reguliere rente op de hybride lening is niet aftrekbaar maar – behoudens toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling – wel belast. Daarnaast is de rente ter zake van de schuldigerkenning ingevolge art. 10a evenmin aftrekbaar, terwijl de rente in beginsel wel belastbaar is.⁹⁷

92. In de MvT, TK, 2001-2002, 28 487, blz. 40 merkt de wetgever voor de 'volledigheid' op, dat art. 10a, lid 2, onderdeel c zodanig ruim is geformuleerd, dat daar onder valt het verstrekken van een hybride lening, die kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling, aan een buitenlands verbonden lichaam en het vervolgens teruglenen volgens een normale lening van de uitgeleende gelden. De wetgever merkt op dat in dergelijke situaties de rente op de normale lening 'uiteraard' niet aftrekbaar is 'net zo min als in de situatie van een echte kapitaalstorting, welke vervolgens wordt teruggeleend'. Hoewel hier vanuit het oogpunt van het bestrijden van misbruik veel voor valt te zeggen, is het mijns inziens niet zo'n open deur als de wetgever doet voorkomen. Een hybride lening kwalificeert immers niet als eigen vermogen, vergelijk paragraaf 5.3 waar ik verwijs naar Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 15. Ook Brandsma en Gooijer twijfelen eraan of art. 10a, lid 2, onderdeel c inderdaad zo'n wijde strekking heeft, Brandsma, R.P.C.W.M. & Gooijer, J.; Het Veegwettinstituut heeft een nieuwe bezem nodig: hybride leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1661.

93. Tijdens de parlementaire behandeling gaf de wetgever overigens wel aan, dat een hybride lening voor de beoordeling van die bezitsei niet kan worden aangemerkt als een deelneming in het nominaal gestorte kapitaal, Nota navv, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 26.

94. Hierbij moet mogelijk een voorbehoud worden gemaakt voor art. 15ad.

95. Nota navv, TK, 2002-2003, 28 487, blz. 25. Voor een nadere beschouwing van dit onderwerp alsmede de boekhoudkundige verwerking verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 174-175. Vergelijk tevens De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.3.D.c12.2.3.B.a.

96. HR 26 maart 1958, NJ 1958/599 en HR 3 april 1957, NJ 1961/569.

97. Een nadere behandeling van deze exceptioneel gedetailleerde wetgeving valt buiten het bestek van dit onderzoek. In dit verband verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 174-182.

Garantstellingen

Hiervoor gaf ik aan dat garantstellingen onder het bereik van art. 10a, lid 1 kunnen vallen. Hierbij past een belangrijke nuancerings. Het feit dat een moeder borg staat voor een lening die een dochter aangaat bij een derde, terwijl die dochter de met deze lening verworven gelden aanwendt voor een winstuitdeling, brengt niet zonder meer toepasselijkheid van art. 10a met zich. De lening is namelijk niet besmet indien de dochtervennootschap deze lening ook zelfstandig had kunnen verkrijgen zonder de garantie van de moeder.⁹⁸ Alsdan is immers geen sprake van in feite indirect schuldig blijven. De dividenduitkerende partij wordt niet door de dividendontvangende partij in staat gesteld de dividenduitkering te doen, maar wordt slechts in staat gesteld onder betere voorwaarden in te lenen dan zij zelfstandig zou hebben gekund. Deze nuancerings is voor de praktijk van groot belang, aangezien dergelijke garantstellingen in concernverhoudingen gebruikelijk zijn. Voorts vindt de garantstelling veelal plaats op grond van art. 2:403, onderdeel f BW om de publicatieverplichtingen te mitigeren. Ten slotte merk ik op dat een lening niet noodzakelijkerwijs geheel besmet of geheel onbesmet hoeft te zijn. Denkbaar is dat een bank tot een bepaald leenbedrag bereid is een financiering te verstrekken aan een vennootschap zonder garantie, maar dat boven deze grens een garantie van de moedervennootschap vereist is. De lening dient dan te worden geknipt in een besmet en een onbesmet deel.⁹⁹ Deze uitwerking acht ik theoretisch juist, waarbij ik opmerk dat het in de praktijk niet altijd eenvoudig zal zijn een dergelijke knip te maken.¹⁰⁰ Deze benadering verdient evenwel de voorkeur boven het in geheel niet in aftrek toelaten van rente op een gegarandeerde lening die verband houdt met een dividenduitkering.

Opgemerkt zij dat de garantstellende partij normaliter een vergoeding in rekening dient te brengen aan de partij waarvoor hij garant staat. Het achterwege blijven van zo'n vergoeding is immers in strijd met het arm's lengthbeginsel. Tegen de achtergrond van dit beginsel komt tevens de vraag op hoe de situatie dient te worden gekwalificeerd waarin een inlenende vennootschap de lening niet op eigen kracht kan opnemen van een derde. Gesteld zou kunnen worden dat de garantstellende gelieerde partij de lening materieel opneemt bij de derde en vervolgens (informeel) kapitaal stort in de juridische debiteur. Ik acht het evenwel logischer dat een herkwalficatie van feiten pas plaatsvindt na het invoeren van de garantie door de crediteur. Hierbij is het de vraag, hoe de regresvordering van de garant staande partij op de juridische debiteur moet worden gekwalificeerd. Gedacht kan worden aan informeel kapitaal, maar deze herkwalficatie zou op gespannen voet kunnen komen te staan met BNB 1988/217.¹⁰¹ Een dergelijk gezichtspunt sta ik dan ook niet voor. Ik acht het

98. Zie in dit verband bijvoorbeeld de Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30. In paragraaf 6.7 ga ik nog nader in op de garantstelling die nodig is om een lening te verkrijgen. Hierbij besteed ik eveneens aandacht aan het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 2.1.2 en 2.1.4.

99. Vraag van De Vries B.M. (VVD), Kamerstukken, TK, 10 oktober 1996, blz. 11-693 en 694.

100. Eigen ervaring wijst namelijk uit dat financiële instellingen veelal niet bereid zijn (kosteloos) duidelijkheid te verschaffen.

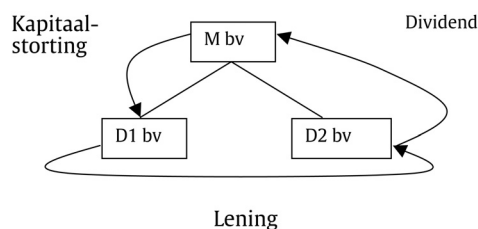
101. Vergelijk in dit verband Krekel, L.H.; Gegarandeerde leningen van derden, gegarandeerd een groepslening?, WFR 2005/482.

logischer om voor de borgstelling een zakelijke vergoeding te betalen aan de borg. Indien een bank zo'n lening niet wil verstrekken, zal de borgstellingsvergoeding hoog zijn, tot maximaal de hoofdsom van de lening (indien zo goed als zeker vaststaat dat de debiteur zelf niet zal terugbetalen). Het niet (geheel) bedingen van deze zakelijke vergoeding moet worden aangemerkt als een informele kapitaalstorting. Daarnaast is er dan sprake van een normale debiteur-crediteurverhouding tussen de oorspronkelijke debiteur en de bank.

In staat stellen

In de Nota navv staat dat met de term indirect wordt bedoeld op de situatie waarin de partij die de gelden verstrekt aan de belastingplichtige hiertoe 'in staat wordt gesteld' door de dividendgerechtigde (rechthebbende).¹⁰² Dit roept de vraag op hoe breed dit begrip moet worden uitgelegd. Meijer meent dat dit begrip breed dient te worden geïnterpreteerd. Hieronder vallen zijns inziens naast back-to-backsituaties, ook situaties waarin een vennootschap (M bv) kapitaal stort in een dochter (D1) die dit doorleent aan een zustervennootschap (D2 bv), die dit vervolgens doorruilt aan de moeder (zie figuur 1 hieronder).¹⁰³

Back-to-backsituaties vallen mijns inziens in beginsel onder het heffingsbereik van art. 10a. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de rechthebbende een lening verstrekt aan een bank die deze gelden vervolgens weer doorleent aan de dividenduitkerende partij. In onderstaande situatie acht ik art. 10a, lid 1 evenwel niet van toepassing.



Figuur 1: back-to-backsituatie

Ik meen dat dan geen sprake is van een in feite indirect schuldig blijven. De eindsituatie is daarmee niet vergelijkbaar; er bestaat immers geen vordering- en schuldverhouding tussen de dividendontvanger en degene die in staat is gesteld het dividend uit te keren.¹⁰⁴ Daarbij ligt in zo'n situatie het feitelijke risico van deconfiture van de schuldenaar mijns inziens niet bij de rechthebbende (M bv), maar bij D1 bv. Voor beoordeling van de toepasselijkheid van het eerste lid van art. 10a acht ik het relevant te weten bij wie het voornoemde risico rust.¹⁰⁵ Wel valt de situatie van figuur 1 mijns inziens in beginsel onder art. 10a, lid 2, onderdeel a.

102. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29.

103. Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 17.

104. Vergelijk in dit verband Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

105. Vergelijk MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

6.4.5 *Tegenbewijs*

6.4.5.1 *Verschillende disculpatiemogelijkheden*

Indien sprake is van een schuldig gebleven winstuitkering, is de rente die hiermee verband houdt in beginsel niet aftrekbaar. De belastingplichtige beschikt evenwel over verschillende tegenbewijsmogelijkheden. Allereerst vindt art. 10a geen toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat aan de schuldigerkenning in overwegende mate zakelijk overwegingen ten grondslag liggen. Deze tegenbewijsreling is wettelijk vastgelegd in art. 10a, lid 1, tweede volzin, zie verder paragraaf 6.4.5.2.¹⁰⁶ Daarnaast heeft de staatssecretaris nog een tegemoetkomend Besluit uitgevaardigd¹⁰⁷, dat er kort samengevat op neerkomt dat de rente ondanks een besmet schuldig erkennen aftrekbaar is, indien wordt voldaan aan een zware vorm van compenserende heffing. In paragraaf 6.4.5.3 ga ik hier nader op in. Ten slotte komt rente in verband met een schuldig gebleven kapitaalstorting of schuldig gebleven verstrekking van een hybride lening in aftrek, indien deze storting of verstrekking ziet op een solvabiliteitsgarantie om inleggers van spaargelden of polishouders van verzekeringsovereenkomsten te beschermen. In deze paragraaf staan de eerste twee disculpatiemogelijkheden centraal.¹⁰⁸

6.4.5.2 *Zakelijke overwegingen*

Aanvankelijk was de wetgever van mening dat rente ter zake van alle schuldigerkenningen die onder het bereik van art. 10a, lid 1 vallen, zonder meer niet in aftrek mocht worden gebracht. Slechts voor rente ter zake van bepaalde solvabiliteitsgaranties gold een uitzondering. Nadien heeft de wetgever echter onderkend dat er bepaalde situaties denkbaar zijn die vallen onder het eerste lid van art. 10a en waarin het zakelijke karakter van een schuldigerkenning voorop staat.¹⁰⁹ Dit betekent dat de rente niet in aftrek wordt beperkt indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat overwegend zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de schuldigerkenning. Hierbij rijst de vraag wat dient te worden verstaan onder 'zakelijke overwegingen'.

106. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was overigens geen tegenbewijsregeling opgenomen. Pas bij de NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 1 is deze bepaling in de wet opgenomen. Bij nader inzien acht de wetgever het namelijk denkbaar dat in een beperkt aantal situaties de schuldigerkenning is ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen en dat het niet louter 'papiertransacties' betreft, NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 4.

107. Besluit van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13. Dit Besluit vervangt het beperktere Besluit van 6 augustus 2002, nr. CPP2002/737, BNB 2002/389. Het Besluit van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13 is vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, zie paragraaf 1.5.

108. Bovengenoemde solvabiliteitsgaranties laat ik hier verder onbesproken. Wel kan de vraag worden gesteld waarom deze 'tegenbewijsregeling' nog bestaat naast die van de zakelijke overwegingen. In gelijke zin Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 45. Aan dergelijke solvabiliteitsgaranties lijken immers zakelijke overwegingen ten grondslag te liggen. De laatste volzin van art. 10a, lid 1 lijkt mij dan ook te kunnen worden geschrapt.

109. NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 1.

In de parlementaire geschiedenis zijn verschillende voorbeelden van zakelijke motieven de revue gepasseerd. Zo kwam de situatie aan de orde waarin een inkoop van aandelen plaatsvond om successierecht te betalen.¹¹⁰ Voorts is een dividenduitkering of teruggave van kapitaal in het kader van een aanstaande bedrijfsoverdracht als zakelijke overweging genoemd.¹¹¹ Door de dividenduitkering worden de aandelen 'lichter' en worden deze gemakkelijker verkoopbaar, terwijl geen beroep wordt gedaan op de liquide middelen van de belastingplichtige.

Bij deze vorm van zakelijke overwegingen werd blijkens de MvT in eerste aanleg in het bijzonder gedacht aan overnames in het midden- en kleinbedrijf.

*'De leden (...) wijzen er op dat er in het kader van een bedrijfsopvolging, met name (onderstreping JvS) in het midden- en klein bedrijf, zakelijke redenen aanwezig kunnen zijn voor situaties als bedoeld in het eerste lid.'*¹¹² Hierbij wordt verwezen naar de situatie van het licht maken van de aandelen voorafgaand aan de aandelenoverdracht.

Het licht maken van aandelen aan de vooravond van een overdracht kan zich tevens voordoen bij grote concerns. Meijer acht het in dergelijke situaties niet op voorhand zeker dat een beroep kan worden gedaan op de tegenbewijsregeling, omdat de bedrijfscontinuïteit in dergelijke gevallen mogelijk niet voorop staat.¹¹³ In de toelichting op de NvW is geen voorbehoud te vinden tot het MKB.¹¹⁴ Een dergelijk voorbehoud zou ik ook niet terecht achten. Indien immers aan de vooravond van een overname door een derde dividend wordt uitgekeerd om aandelen lichter te maken teneinde die overdracht mogelijk te maken, zal mijns inziens ook buiten het MKB sprake kunnen zijn van zakelijke overwegingen. Deze gang van zaken is vooral ook van betekenis omdat aldus voor de overnemende partij een geringere financieringsbehoefte ontstaat. Evident is wel dat niet iedere schuldigerkenning voorafgaande aan een overname zonder meer kwalificeert als zakelijk. Per situatie moet de achtergrond

110. Nota navv, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 3-4. De in de Nota navv beschreven situatie greep in wezen aan bij de oude faciliteit van uitstel van betaling in de invorderingswet (art. 25, lid 1 juncto art. 6 Uitv.reg.). Met Bouwman en De Jong ben ik van mening dat na de wijziging met ingang van 2002 van de faciliteiten voor bedrijfsopvolging in de successiewet en de daaraan gekoppelde wijzigingen in de invorderingswet voornoemde uitzondering niet langer zou moeten gelden voor nieuwe situaties, Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 230.

111. Hierbij valt uit de parlementaire geschiedenis af te leiden dat er een direct verband dient te bestaan tussen de schuldigerkenning van de winstuitdeling en de overname, vergelijk NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 4: '(...) de situatie waarin op de vooravond van de verkoop van de aandelen in een vennootschap een schuldigerkenning plaatsvindt van dividend (...) teneinde de aandelen de lichter te maken'. Naar alle waarschijnlijkheid wordt dus het jaarlijks schuldig erkennen van dividend met het oog op een eventuele toekomstige overname niet als zakelijk motief gehonoreerd.

112. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 11-12. Ook in de Nota navv wordt in dit kader expliciet verwezen naar het midden- en kleinbedrijf, zij het in meer algemene zin.

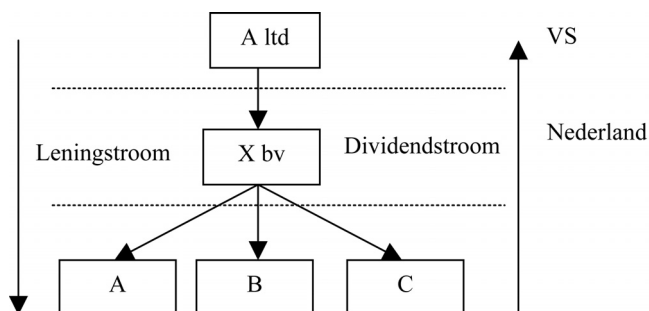
113. In gelijke zin Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 48.

114. NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 4.

van de schuldigerkenning worden bekeken. Dit geldt mijns inziens voor zowel het MKB als het grootbedrijf.

In de parlementaire geschiedenis is tevens aangegeven dat ook de inkoop van aandelen bij de beëindiging van een joint venture of partnership als zakelijke overwegingen kan hebben te gelden.¹¹⁵ In de parlementaire geschiedenis gaat de wetgever in op een volledige uitkoop van de joint venturepartner.¹¹⁶ Desalniettemin acht ik het niet uitgesloten dat ook in een situatie van een gefaseerde uitkoop van de joint venturepartner sprake is van zakelijke overwegingen.

Ten slotte is in de parlementaire geschiedenis nog een vorm van zakelijke overwegingen aan de orde geweest die vooral van belang is voor internationaal opererende concerns. Het betreft een dooruitdeling van dividenden door een Nederlandse tussenhoudster, gevolgd door de opname van een of meer leningen. Een en ander is hieronder schematisch weergegeven.



Figuur 2: Grafische voorstelling van een dooruitdeling gevolgd door een lening

De tegenbewijsregeling van het eerste lid kan dus van toepassing zijn, wanneer sprake is van een Nederlandse tussenhoudster die ontvangen dividenden van (buitenlandse) dochters (door)uitdeelt aan haar buitenlandse moeder, om die uitgedeelde gelden vervolgens terug te lenen.¹¹⁷ Wanneer een tussenhoudster een actieve financieringsfunctie heeft, is het denkbaar dat zakelijke motieven aanwezig worden ge-

115. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 16-17.

116. 'Wanneer de inkoop tot gevolg heeft dat de joint-venture partner in het geheel (onderstreping JvS) wordt uitgekocht, en deze partner na de inkoop geen andere band heeft met de vennootschap dan door de lening, zal het in het algemeen zo zijn dat aan de schuldigerkenning van de koopsom ter zake van deze inkoop van aandelen zakelijke motieven ten grondslag, liggen'. Nota navnv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

117. Voordat de tegenbewijsregeling in beeld komt zal eerst sprake moeten zijn van een situatie die valt onder art. 10a, lid 1. Indien een verband ontbreekt tussen het dividend en de lening, komt toepassing van art. 10a niet aan de orde. Voor de volledigheid merk ik nog op dat, ten aanzien van een structuur zoals hierboven weergegeven met een Nederlandse dochter/werkmaatschappij, art. 10a zich tweemaal kan voordoen; op het niveau van de werkmaatschappij en op het niveau van de tussenhoudster, mits er weer op beide niveaus sprake is van samenhangende dividenuitkeringen en leningen.

acht.¹¹⁸ Opvallend in dit verband is dat de wetgever zich in de Nota navnv beperkt tot een actieve financieringsfunctie ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen. Ik acht het evenwel niet uitgesloten dat ook in binnenlandse verhoudingen sprake kan zijn van zakelijke overwegingen, indien de Nederlandse tussenhoudster evenzeer een actieve financieringsfunctie vervult ten opzichte van de binnenlandse dochter.¹¹⁹

6.4.5.3 Compenserende heffing

De tegenbewijsmogelijkheden voor art. 10a, lid 1 zijn beperkt tot het aannemelijk maken van zakelijke overwegingen. De tegenbewijsregeling in art. 10a, lid 3, onderdeel b geldt namelijk slechts voor situaties die vallen onder art. 10a, lid 2. In paragraaf 6.7.2.5 ga ik nog in op de gebrekkige motivering van de wetgever voor dit onderscheid. Ruim vijfenhalf jaar na de invoering van art. 10a is de staatssecretaris evenwel tot het besef gekomen dat het redelijk is om 'compenserende heffing' ook ten aanzien van art. 10a, lid 1 als tegenbewijs te aanvaarden. Deze tegemoetkoming gold aanvankelijk slechts voor schuldig gebleven kapitaalstortingen.¹²⁰ Dit Besluit van 6 augustus 2002 is vervangen door het Besluit 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13, waardoor ook tegenbewijs mogelijk is ter zake van schuldig gebleven winstuitkeringen en teruggaaf van gestort kapitaal.¹²¹

In voornoemde besluiten keurt de staatssecretaris goed, dat (een strenge vorm van) compenserende heffing ook kan gelden als tegenbewijs voor toepassing van art. 10a, lid 1. Daarmee komt hij terug op het oorspronkelijke standpunt van de wetgever. Hij heeft tijdens de parlementaire behandeling immers uitdrukkelijk en herhaaldelijk gezegd dat compenserende heffing niet als tegenbewijs kon gelden voor toepassing van het eerste lid.¹²² Thans heeft echter een omslag plaatsgevonden, zij het dat deze omslag geen directe wettelijke basis kent. Compenserende heffing als tegenbewijs voor art. 10a, lid 1 wordt namelijk niet separaat in de wet opgenomen.¹²³ Situaties ex art. 10a, lid 1 waarin sprake is van compenserende heffing worden niet getroffen door beperking van de renteaftrek, aangezien overwegend zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de schuldigerkenning, vergelijk het

118. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 17-18.

119. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 7-8 lijkt in die richting te wijzen: 'Wanneer een houdstermaatschappij zich tevens bezig houdt met reële financieringsactiviteiten van haar dochtermaatschappijen is het bij voorbeeld denkbaar dat het binnen de lijn van de werkzaamheden van deze tussenhoudster ligt om gelden aan te trekken en weer weg te zetten. Een dergelijke vennootschap kan op deze wijze een "splifunctie" vervullen binnen de groep'.

120. Besluit van 6 augustus 2002, nr. CPP2002/737, BNB 2002/389.

121. Het Besluit van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13 is vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, zie in dit kader in het bijzonder paragraaf 1.5.

122. Vergelijk bijvoorbeeld Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 10-12 en Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 6-8.

123. Mijns inziens dit overigens wel wenselijk. Voorts zou de compenserende heffingtoetsen voor lid 1 en lid 2 hetzelfde moeten zijn.

Besluit BNB 2006/90, punt 1.5. Hierbij merk ik direct op dat de in het Besluit genoemde vereisten voor compenserende heffing voor het eerste lid aanzienlijk strenger zijn dan de geldende voorwaarden voor situaties die vallen onder het tweede lid.

Voor de aanwezigheid van compenserende heffing/zakelijke overwegingen voor toepassing art. 10a, lid 1 gelden de volgende vereisten:

- de corresponderende rentebate wordt effectief (direct of indirect) onderworpen aan een inkomstenbelasting (daaronder begrepen premieheffing volksverzekeringen) of een belasting naar de winst in of buiten Nederland die geheel of nagevoeg (ten minste 90%) geheel overeenkomt met het belastingbedrag dat zou voortvloeien uit de aftrekbaarheid van de rentelast;
- belastingplichtige kan aantonen dat de belasting is betaald;
- belastingverdragen noch andere regelingen ter voorkoming van dubbele belasting doen afbreuk aan de heffing over de rentebate bij het ontvangende lichaam;
- de heffing wordt evenmin beperkt door voorwaartse verliesverrekening of andersoortige aanspraken.¹²⁴

Uit het voorgaande blijkt – anders dan voor art. 10a, lid 3, onderdeel b – dat wordt aangegrepen bij het voordeel dat de rentebetaler heeft van de renteaftrek.

In het Besluit verwoordt de staatssecretaris het als volgt: *'Indien en voorzover de rente-aftrek bij de betaler van de rente zou leiden tot een verlies wordt het belastingbedrag (fictief) gesteld op 34,5% van dat verlies. Dat belastingbedrag moet op de hiervóór omschreven wijze worden vergeleken met de belasting die de ontvanger van de rente in dat jaar betaalt'.*

Opgemerkt zij verder dat het hiervoor genoemde percentage van 34,5% geen vast gegeven is. Met de daling van het tarief van de vennootschapsbelasting van 34,5% naar 31,5% in 2005 en naar 29,6% met ingang van 1 januari 2006, daalt naar verwachting ook voornoemd percentage. In het Besluit geeft de staatssecretaris duidelijk aan dat in situaties waarin een heffing over de rentebate zoals hiervóór omschreven ontbreekt, er dus wel een onderzoek dient plaats te vinden naar de zakelijke overwegingen, zelfs indien daarover wel een belasting wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is ex art. 10a, lid 3, onderdeel b.

124. Vergelijk in dit verband onder meer Hof Amsterdam 15 december 2004, V-N 2005/18.13, waarin het Hof expliciet aangaf dat vanwege de aanwezigheid van compensabele verliezen beperking van renteaftrek niet aan de orde was: *'Het Hof is evenwel van oordeel dat het Besluit in het onderhavige geval toepassing mist omdat, zoals tussen partijen niet in geschil is (...), in het jaar 1998 de heffing bij de ontvangende aandeelhouders wordt beperkt door verliesverrekening. Hierdoor wordt – in 1998 – niet voldaan aan de in het Besluit opgenomen voorwaarde (...) als in vraag 1 van het Besluit omschreven. De omstandigheid dat de verliezen die ten tijde van het vergoeden van de rente bestonden, over 2001 deels zijn verrekend (...) doet daar niet aan af'.*

6.5 Interne leningen die verband houden met bepaalde rechtshandelingen

6.5.1 Hoofregel

Het tweede lid van art. 10a is een bepaling die rente ter zake van geldleningen in aftrek beperkt, indien de lening is verstrekt door een verbonden persoon¹²⁵ en verband houdt met bepaalde rechtshandelingen. Evenals in art. 10a, lid 1 worden ook kosten en valutaresultaten begrepen onder rente. De in geding zijnde rechtshandelingen zijn limitatief opgesomd in de onderdelen a, b en c van het tweede lid.

Blijkens de MvT is art. 10a, lid 2 gericht tegen renteaftrek op leningen die vanuit de groep verbonden lichamen als geheel gezien eigen vermogen representeren.¹²⁶ In dergelijke situaties wenst de wetgever renteaftrek in beginsel niet toe te staan.

Hierover merkte de wetgever in de MvT op: *‘Hoewel ik het uitgangspunt handhaaf dat het de ondernemer vrij staat de door hem wenselijk geachte kapitalisatie te kiezen, meen ik toch dat die vrijheid met betrekking tot de fiscaliteit niet zover mag gaan dat daardoor willekeurig zonder bedrijfseconomische redenen de Nederlandse belastinggrondslag zou kunnen worden geërodeerd’*.¹²⁷

Art. 10a, lid 2 werpt een dam op tegen de volgende wijzen van erosie van de belastinggrondslag:

1. een winstuitdeling, een teruggaaf van gestort kapitaal of een aflossing van een geldlening ex art. 10, lid 1, onderdeel d aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon;
2. een verwerving van – daaronder begrepen storting op – aandelen, bewijzen van deelgerechtigdheid of lidmaatschapsrechten in of schuldvorderingen ex art. 10, lid 1, onderdeel d op een verbonden lichaam, behoudens voor zover een wijziging wordt aangebracht in het uiteindelijke belang of de uiteindelijke zeggenschap in dat lichaam; of
3. een kapitaalstorting of een andere vorm van aanwending van vermogen door de belastingplichtige, dan wel door een met hem verbonden, in Nederland gevestigd lichaam of in Nederland wonend natuurlijk persoon, direct of indirect in het lichaam, onderscheidenlijk ten behoeve van het lichaam of de natuurlijk persoon aan wie de geldlening is verschuldigd.

In het tweede lid van art. 10a is – evenals in lid 1 – de frase opgenomen ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’. Dit betekent dat de rente – behoudens tegenbewijs – niet in aftrek op de winst mag worden gebracht indien een vennootschap een lening

125. Onder verbonden personen versta ik verbonden lichamen (ofwel verbonden rechtspersonen) ex art. 10a, lid 4 en verbonden natuurlijke personen ex art. 10a, lid 5. Het begrip verbondenheid staat centraal in paragraaf 6.6. In het navolgende richt ik mij in het bijzonder op verbonden lichamen.

126. Vergelijk MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

127. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

opneemt bij een bank om bijvoorbeeld dividend uit te keren aan haar moeder, terwijl een ander verbonden lichaam (buiten een fiscale eenheid) garant staat voor de debiteur en daarmee dus het feitelijke crediteurenrisico loopt. Garantstellingen die alleen zien op betere leningsvoorwaarden leiden overigens niet tot besmetting.¹²⁸ Het tussenplaatsen van een derde heeft derhalve geen effect zolang het crediteurenrisico binnen de groep verbonden lichamen/natuurlijke personen blijft rusten.¹²⁹

6.5.2 *Besmette rechtshandelingen*

Winstuitdelingen e.d.

Op grond van art. 10a, lid 2, onderdeel a wordt rente niet in aftrek op de winst toegelaten, indien deze rente is verschuldigd aan een gelieerde partij en de lening verband houdt met winstuitdeling, kapitaalruggeaf¹³⁰ of aflossing aan een gelieerde partij van een lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d. Hiermee vertoont dit onderdeel van het tweede lid sterke overeenkomsten met het eerste lid. Dat eerste lid ziet echter op de situatie waarin de rechthebbende ook degene is, die het crediteurenrisico loopt.¹³¹ Voor toepasselijkheid van het tweede lid is dit evenwel geen vereiste, maar is het voldoende dat er een verband bestaat tussen een besmette rechtshandeling en een opgenomen lening bij een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon.¹³²

Interne verhangingen e.d.

In onderdeel b van lid 2 wordt rente in aftrek beperkt, indien bij een verbonden lichaam een lening is opgenomen en deze lening verband houdt met de verwerving van aandelen e.d. in een verbonden lichaam of een kapitaalstorting in een verbonden lichaam. De rente is overigens wel aftrekbaar voor zover het uiteindelijke belang of de uiteindelijke zeggenschap een wijziging ondergaat. Hiermee beoogt art. 10a, lid 2, onderdeel b renteaftrek ter zake van 'interne verhangingen' gefinancierd met een interne lening te bestrijden, zonder acquisities van onafhankelijke derden te bemoeilijken. Onderdeel b van lid 2 ziet derhalve op situaties ex BNB 1989/217, BNB 1990/72 en BNB 1996/4 en vormt een codificatie van deze arresten. Behoudens tegenbewijs

128. Vergelijk paragraaf 6.4.4. In paragraaf 6.7 ga ik nog nader in op de garantstelling die nodig is om een lening te verkrijgen. Hierbij besteed ik eveneens aandacht van het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 2.1.2 en 2.1.4.

129. Evenals de in paragraaf 6.4.4 behandelde onduidelijkheid ten aanzien van de frase rechtens dan wel in feite direct of indirect in lid 1 bestaat er ook onduidelijkheid in lid 2. Deze is min of meer vergelijkbaar met de problematiek ten aanzien van het eerste lid. Voor een nadere behandeling van deze onduidelijkheid verwijs ik naar Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

130. Hieronder wordt evenals voor het eerste lid mede begrepen de teruggaven van agio en informeel gestort kapitaal, Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30.

131. Vergelijk MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 17.

132. Dienaangaande merkte de wetgever in de MvT het volgende op 'De beperking tot geldleningen verband houdende met uitkeringen aan groot-aandeelhouders (een belang van ten minste een derde), is gebaseerd op de overweging dat aan het aangaan van geldleningen voor uitkeringen aan aandeelhouders met een klein belang veelal zakelijke overwegingen ten grondslag zullen liggen: in het geval van vennootschappen met portfolio aandeelhouders bijvoorbeeld een consistente dividendpolitiek' MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 18.

vallen nu ook situaties ex BNB 1996/6 onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b. De wetgever heeft dit ook uitdrukkelijk beoogd.¹³³ Voor de toepasselijkheid van art. 10a, lid 2, onderdeel b geldt overigens niet als voorwaarde dat er sprake moet zijn van een fiscale eenheid.¹³⁴

De renteaftrekbepierking vindt geen toepassing voor zover er sprake is van een wijziging in 'het uiteindelijke belang, dan wel de uiteindelijke zeggenschap'.¹³⁵ In dergelijke situaties is voortdurende en willekeurige belastingverijdeling in beginsel immers niet mogelijk. De vraag rijst hoe de frase 'het uiteindelijke belang, dan wel de uiteindelijke zeggenschap' dient te worden uitgelegd. In art. 10a, lid 4 heeft 'belang' eveneens als criterium te gelden.¹³⁶ Mijns inziens moet deze term in beide leden gelijk worden uitgelegd.¹³⁷ Een verschillende uitleg van dezelfde term in één artikel zou namelijk nadere toelichting verdienen. Niet geheel duidelijk is hoe 'belang' moet worden ingevuld; absoluut of relatief? Ik acht een relatieve invulling op zijn plaats. Indien een 100%-aandeelhouder immers kapitaal stort, verandert er niets aan zijn relatieve belang, maar wel aan zijn absolute belang. Hetzelfde geldt voor twee 50%-aandeelhouders. Indien deze een gelijke storting doen in hun dochtervennootschap stijgt hun absolute belang, terwijl hun materiële belang gelijk blijft. De term 'zeggenschap' in lid 2, onderdeel b kan mijns inziens niet anders worden uitgelegd dan relatief. Ik acht het daarom logisch om ook de term belang als zodanig uit te leggen, aangezien dit past in de ratio van de regeling.¹³⁸

Art. 10a, lid 2, onderdeel b eist dat het lichaam waarvan de aandelen worden verworven respectievelijk het lichaam op wiens aandelen een storting wordt gedaan, al voor de verwerving dan wel storting is verbonden ex art. 10a, lid 4, met de belastingplichtige.¹³⁹ De storting op aandelen bij oprichting van een vennootschap zou daarom mijns inziens in beginsel buiten het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b moeten vallen. Hetzelfde geldt voor een storting op aandelen in een lichaam waarmee belas-

133. Dienaangaande merkte hij op: 'Een ander voorbeeld is de situatie waarin een vennootschap de aandelen in een niet-verbonden lichaam heeft verworven en enige tijd later de aandelen in deze nieuw verworven vennootschap overdraagt aan een daartoe opgerichte tussenholding. Indien deze tussenhouder de koopsom ter zake van deze aandelen schuldig blijft aan haar moedermaatschappij, dan is op deze rente, die verband houdt met de verwerving van aandelen in een verbonden lichaam de regeling van artikel 10a van toepassing. Voor deze situatie, die overeenkomt met de casus uit het arrest van de Hoge Raad van 27 september 1995, BNB 1996/6, wordt aldus een resultaat bereikt dat in lijn is met de beslissing van de Hoge Raad', MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 19.

134. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 18.

135. Hierbij kan worden gedacht aan een situatie waarin een aandelenpakket van onafhankelijke derden wordt overgenomen, terwijl er tussen de overnemende partij en de over te nemen partij reeds verbondenheid bestaat.

136. In art. 10a, lid 4 wordt onder meer bepaald dat als een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt aangemerkt: een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft.

137. In paragraaf 6.6 ga ik nader in op het begrip verbonden lichaam en de term belang.

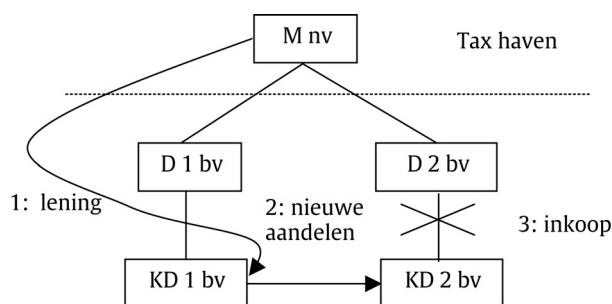
138. Hierna ga ik nader in op het antwoord op de vraag of een storting ook naar de ratio onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b zou moeten vallen.

139. Vergelijk Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 33.

tingplichtige (nog) niet is verbonden op het moment van het uitreiken van de aandelen.¹⁴⁰ Indien een dergelijke kapitaalstorting evenwel wordt schuldig gebleven kan art. 10a, lid 1 nog wel toepassing vinden.

Zoals ik hiervoor aangaf, vindt de renteaftrekbeperking art. 10a, lid 2, onderdeel b naar de letterlijke tekst in beginsel ook toepassing bij de storting op aandelen. Hiermee wordt in ieder geval voorkomen dat deze renteaftrekbeperking relatief eenvoudig kan worden omzeild.

Hierbij kan worden gedacht aan de volgende structuur, zie figuur 3.¹⁴¹ M nv is gevestigd in een tax haven en verstrekt een lening aan KD 1 bv. KD 1 bv stort de ontvangen gelden door op aandelen in KD 2 bv. KD 2 bv wendt de ontvangen gelden vervolgens aan om het kapitaal van aandeelhouder D 2 bv terug te betalen. Het eindresultaat zou ook kunnen zijn bereikt door een interne verhangen van KD 2 bv door D 2 bv aan KD 1 bv. Beide situaties worden bestreken door lid 2, onderdeel b.



Figuur 3: Weergave van een interne verhangen door een storting op aandelen gevolgd door een inkoop

In 'reguliere' situaties is het de vraag waarom een storting ook onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b valt, zeker onder de tekst van art. 13, lid 1 tot 1 januari 2004. Een storting in een binnenlands verbonden lichaam leidt immers in beginsel

140. In gelijke zin Marres. Hij wijst er op dat art. 10a, lid 2, onderdeel b naar de letter van de wet toepassing vindt in de situatie dat aan belastingplichtige aandelen worden uitgereikt die ten minste een eenderde belang vormen, terwijl belastingplichtige voor het nemen van de aandelen nog geen (eenderde belang heeft in deze vennootschap). Reeds op het moment van de storting heeft belastingplichtige namelijk een belang omdat de storting pas plaatsvindt na de uitreiking van de aandelen. Voor toepassing van art. 10a, lid 2, onderdeel b dient zijns inziens evenwel te worden uitgegaan van de omstandigheden voor het nemen van de aandelen evenals bij een acquisitie wordt uitgegaan van de situatie voor de aankoop. Dit uitgangspunt lijkt mij wenselijk, redelijk en ook in overeenstemming met de ratio van art. 10a, lid 2, onderdeel b en de winstdrainage-jurisprudentie. Voortdurende en willekeurige verijdeling van de belastingheffing ligt namelijk niet op de loer. Zie Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 136-137.

141. Zie Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 235-236.

tot een hogere grondslag. Ter zake van een financiering in verband met een storting in een buitenlands lichaam, beperkte art. 13, lid 1 de renteaftrek.¹⁴² Na het schrappen van de in art. 13, lid 1 opgenomen renteaftrekbeperking ten gevolge van HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal) is deze grondslagbewakende functie overgenomen door art. 10d. Anders dan art. 13, lid 1 richt art. 10d zich slechts tegen de financiering met 'teveel' vreemd vermogen. Met het schrappen van de renteaftrekbeperking van art. 13, lid 1 is de betekenis van het opnemen van 'storting' in art. 10a, lid 2, onderdeel b toegenomen.¹⁴³ Art. 10a, lid 2, onderdeel c biedt in dergelijke situaties namelijk veelal geen uitkomst.

Naar de tekst van art. 10a, lid 2, onderdeel b is de renteaftrekbeperking ook van toepassing indien een vennootschap geld opneemt bij een verbonden lichaam en dit doorstort in een dochtervennootschap. In dergelijke situaties zal de tegenbewijsregeling 'zakelijke overwegingen' echter vaak van toepassing zijn.¹⁴⁴

Kapitaalstorting of andere vorm van aanwending van vermogen

REIKWIJDTE ART. 10A, LID 2, ONDERDEEL C

Lid 2, onderdeel c van art. 10a is een bepaling waarvan de strekking lastig is te overzien.¹⁴⁵ De reikwijdte beperkt zich in ieder geval niet tot situaties betreffende een storting in een verbonden lichaam gevolgd door teruglenen.¹⁴⁶ Ook andere vormen

142. Vergelijk Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 129-130.

143. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 130.

144. Zie in dit kader Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43. Bouwman en De Jong leiden uit de in de Nota navv beschreven situatie het volgende af. De tegenbewijsregeling is van toepassing indien een vennootschap geld inleent van een in een tax haven gevestigde gelieerde partij en die gelden doorstort in een met de geldlener in de fiscale eenheid gevoegde dochter die deze gelden vervolgens aanwendt in haar onderneming, vergelijk Bouwman J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 236. Hoewel ik de verklaring van Bouwman en De Jong plausibel acht, is het voorts mogelijk dat de kapitaalstorting vanwege de fiscale eenheid non-existent was, zodat om die rede art. 10a buiten toepassing blijft, vergelijk Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 34 en Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 200. Ten slotte is het nog mogelijk dat in de Nota navv toepassing van art. 10a niet aan de orde kwam vanwege de aanwezigheid van compenserende heffing.

145. Vergelijk Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449. Ook Heithuis geeft ruiterlijk toe dat hij de reikwijdte nog steeds niet doorgrondt, Heithuis, E.J.W.; De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans, WFR 2003/1869. De wetgever is evenwel 'niet van mening dat artikel 10a, tweede lid, onderdeel c, onbegrijpelijk is', Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 20.

146. Overigens moeten in dergelijke structuren eerst de sluitingen van het eerste lid en het tweede lid, onderdelen a en b zijn gepasseerd. Lier wijst er op dat het in de MvT genoemde voorbeeld van een situatie ex lid 2, onderdeel c (zie MvT, TK, 1995-1996, 24 696) blz. 19 zinloos is. Deze casus valt zijns inziens namelijk reeds onder lid 2, onderdeel b. In voorkomende gevallen kan in een dergelijke situatie mijns inziens eveneens lid 1 van art. 10a toepassing vinden.

van het ter beschikking stellen van vermogen die gepaard gaan met een geldlening vallen onder deze bepaling. Mijns inziens is onderdeel c te verdelen in vier situaties¹⁴⁷:

1. het aangaan van een lening in verband met een kapitaalstorting door de belastingplichtige;
2. het aangaan van een lening in verband met een andere vorm van aanwending van vermogen door de belastingplichtige;
3. het aangaan van een lening in verband met een kapitaalstorting door een met de belastingplichtige in Nederland gevestigd verbonden lichaam of een in Nederland gevestigd verbonden natuurlijk persoon;
4. het aangaan van een lening in verband met een andere vorm van aanwending van vermogen door een met de belastingplichtige in Nederland gevestigd verbonden lichaam of een in Nederland gevestigd verbonden natuurlijk persoon.

In al deze situaties is een verband vereist tussen de lening en de besmette actie.

Kort samengevat ziet art. 10a, lid 2, onderdeel c op situaties waarin een Nederlands lichaam (of natuurlijk persoon) eigen vermogen ter beschikking stelt, dat vervolgens als vreemd vermogen wordt teruggeleend door een in Nederland gevestigd lichaam. Cruciaal is dat de terbeschikkingstelling en de lening verband houden.¹⁴⁸ Daarmee is dit onderdeel enerzijds wellicht¹⁴⁹ ruimer van opzet dan de onderdelen a en b, aangezien onderdeel c ziet op iedere aanwending van vermogen. Anderzijds is onderdeel c beperkter van opzet, omdat dit alleen betrekking heeft op het aanwenden van vermogen direct of indirect ten behoeve van het lichaam waaraan de geldlening materieel is verschuldigd.¹⁵⁰ De wetgever is van mening dat onderdeel c tevens ziet op de verwerving van een bestaande vennootschap waaraan een bestaande geldlening is verschuldigd, of een geldlening wordt verschuldigd (situatie 4). Dit zou vanwege het opnemen van het zinsdeel 'direct of indirect' hebben te gelden voor zowel de directe verwerving als de indirecte verwerving via een tussenhoudster.

In de wetsgeschiedenis is dienaangaande opgemerkt: *'Ook wordt door deze term (dat is de term indirect, JvS) bestreken de situatie waarin een reeds bestaande financieringsmaatschappij wordt aangekocht. Er is immers geen reden om verschillende fiscale consequenties te verbinden aan de situatie waarin de belastingplichtige een financieringsmaatschappij in het leven roept en de situatie waarin hij de aandelen in een reeds bestaande financieringsmaatschappij verwerft'*.¹⁵¹ Schematisch ziet een dergelijke situatie er als volgt uit.

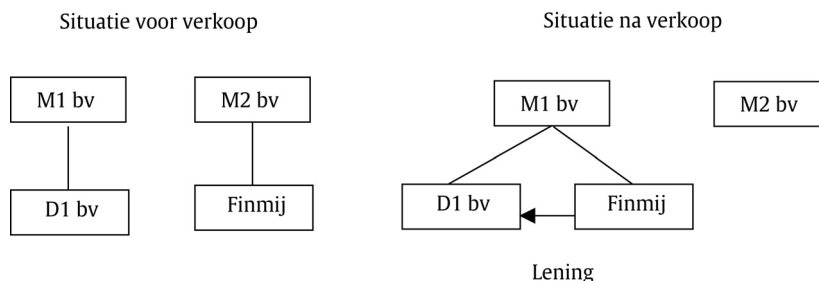
147. Vergelijk Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 237-241. Zij onderscheiden drie situaties. Bouwman en De Jong nemen de hier bovenstaande gevallen 3 en 4 samen.

148. Marres merkt in dit verband op dat toepassing van art. 10a, lid 2, onderdeel c slechts aan de orde komt bij een samenstel van rechtshandelingen, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 140 en 143. In dat verband wijst hij op HR 13 juli 2001, BNB 2001/398, alwaar voor toepassing van *fraus legis* in een art. 10a, lid 2, onderdeel c - achtige situatie een verband ontbrak tussen de geldlening en een dividenduitkering.

149. De reikwijdte van onderdeel c hangt voor een belangrijk deel af van het antwoord op de vraag wat moet worden verstaan onder 'andere vorm van aanwending van vermogen'.

150. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 19. Vergelijk tevens Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 32.

151. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 19.



Figuur 4: Situatie die volgens de wetgever onder art. 10a, lid 2, onderdeel c valt

Het is mijns inziens de vraag of in het voorbeeld uit de MvT sprake is van een aanwending van vermogen ten behoeve van het lichaam waaraan de lening is verschuldigd (i.c. Finmij). De koopsom is immers verschuldigd aan M2 bv en niet aan Finmij. Ik acht de conclusie in de MvT dan ook niet juist, namelijk dat er geen reden bestaat om verschillende fiscale consequenties te verbinden aan de situatie waarin de belastingplichtige (of een daarmee verbonden lichaam) een financieringsmaatschappij in het leven roept en de situatie waarin hij (of een met hem verbonden lichaam) aandelen verwerft in een reeds bestaande financieringsmaatschappij. Slechts in uitzonderlijke situaties (bij een samenstel van rechthandelingen) zal er een materiële gelijkheid zijn. Hierbij valt te denken aan de situatie waarin de verkopende partij (M2 B) voorafgaande aan de verkoop Finmij uitrust met eigen vermogen, en M1 bv dus in wezen het gestorte kapitaal vergoedt aan M2 bv.¹⁵² Ligthart meent evenwel zonder meer dat een dergelijke situatie onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel c valt.¹⁵³

VOORBEELDEN VAN LID 2, ONDERDEEL C

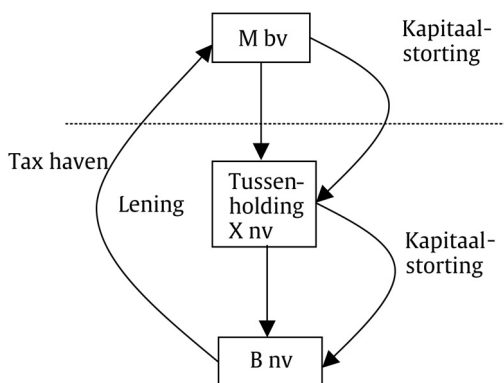
De hierna volgende casus valt in beginsel onder de eerste situatie lid 2, onderdeel c. Het betreft een kapitaalstorting gevolgd door teruglenen.¹⁵⁴ Art. 10a, lid 1 lijkt mij in casu niet van toepassing. Deze structuur kan mijns inziens niet worden aangemerkt als een rechtens dan wel in feite direct of indirect schuldig gebleven kapitaalstorting. Er bestaat namelijk geen (indirecte) vordering-schuldverhouding tussen M bv en B nv. Naar de ratio valt een dergelijke situatie evenmin onder het bereik van lid 2, onderdeel b. Anders dan Poolen, zie ik in de wettekst echter wel een opening om een

152. Vergelijk in dit verband Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449 en ook Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 40-41.

153. Ligthart, N.M.; De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969, TFO 2003/174.

154. Dit voorbeeld is gebaseerd op een voorbeeld uit het verslag fiscale conferentie 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting', 21 en 22 november 1997, Zeist, door de verslagleggers Niekel S.F.M. en Cabell N.M.; en dan met name aan de bijdrage van inleider Poolen, T.W.M. aangaande art. 10a, lid 2, onderdeel c, voorbeeld 1. Zie ook Cabell, N.M. & Niekel, S.F.M.; Verslag fiscale conferentie 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting', WFR 1997/1858.

dergelijke structuur onder lid 2, onderdeel b te vatten.¹⁵⁵ Er is immers sprake van een storting op aandelen in een verbonden lichaam en (naar alle waarschijnlijkheid) treedt er geen wijziging op in het uiteindelijke belang. Voorts staat vast dat belastingplichtige (M bv) een geldlening is aangegaan bij een verbonden lichaam. Het lijkt voorts aannemelijk dat er een verband bestaat tussen de kapitaalstorting door M bv en de lening die M bv opneemt bij B nv. Gelet op de letterlijke wettekst sluit ik niet uit dat een dergelijke situatie onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b valt.



Figuur 5: Voorbeeld van art. 10a, lid 2, onderdeel c

Indien onderdeel b niet van toepassing zou zijn, valt deze situatie – behoudens tegenbewijs – mijn inziens in ieder geval onder het bereik van onderdeel c. Er is immers sprake van een indirecte kapitaalstorting door de belastingplichtige (M bv) in het verbonden lichaam waaraan de geldlening is verschuldigd. Indien in bovenstaande structuur in plaats van twee kapitaalstortingen sprake is van twee leningen, vindt art. 10a, lid 2, onderdeel c mijns inziens geen toepassing. Het verstrekken van een lening kwalificeert (naar alle waarschijnlijkheid) namelijk niet als een andere vorm van aanwending van vermogen.¹⁵⁶

In de MvT is opgemerkt dat onderdeel c ziet: *‘op de situatie dat een Nederlands lichaam een ander lichaam in het leven roept, daaraan eigen vermogen ter beschikking stelt, en dat als vreemd vermogen terug leent’*.¹⁵⁷

Het kwalificeren van een lening als een andere vorm van aanwending van vermogen acht ik in strijd met de ratio van de regeling. In een dergelijke situatie vindt er in beginsel geen uitholling plaats van de Nederlandse belastinggrondslag, omdat tegen-

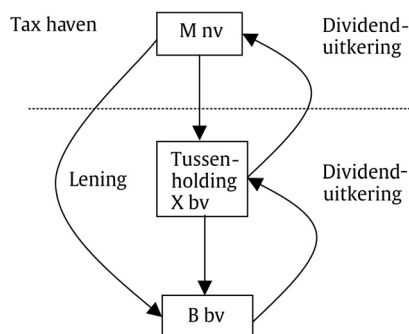
155. Ook Bouwman en De Jong menen zonder meer dat in casu art. 10a, lid 2, onderdeel c van toepassing is.

156. In gelijke zin onder meer Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 39 en Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 238.

157. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 19.

over de rentelast een belaste rentebate staat. Indien de tweede kapitaalstorting in figuur 5 wordt vervangen door een lening, lijkt art. 10a, lid 2, onderdeel c in ieder geval naar de ratio van toepassing te zijn. Materieel verandert er immers niets aan de structuur; er blijft sprake van eigen vermogen dat Nederland verlaat en in de vorm van vreemd vermogen terugkomt. De wettekst lijkt deze ruimte echter niet te bieden; er is namelijk geen sprake van directe kapitaalstorting in de crediteur. Mogelijk is er sprake van een indirecte kapitaalstorting 'ten behoeve van de crediteur'.¹⁵⁸

De casus zoals weergegeven in figuur 6 (zie onderstaand) zou moeten vallen onder situatie 2 (zie hiervoor); een lening in verband met een andere vorm van aanwending van vermogen door de belastingplichtige. Art. 10a, lid 1 is niet van toepassing door het ontbreken van een (indirecte) vordering-schuldverhouding tussen de rechthebbende (X bv) en belastingplichtige (B bv). Naar de letter van de tekst valt evenwel niet uit te sluiten dat in casu art. 10a, lid 2, onderdeel a van toepassing is. Naast het feit dat B bv een lening heeft opgenomen van een verbonden lichaam heeft er tevens een winstuitdeling plaatsgehad. De geldlening lijkt voorts verband te houden met deze winstuitdeling. Deze problematiek is vergelijkbaar met die van het hiervoor behandelde voorbeeld van situatie 1 (zie figuur 5). De onduidelijkheid komt voort uit het feit dat de tekst van art. 10a, lid 2, onderdelen a en b ruimer is dan de ratio. Het is immers voldoende dat er een verband bestaat tussen de verbonden lening en de winstuitdeling, kapitaalstorting etc. Hierdoor ontstaat er tekstueel een aanzienlijke overlap tussen het de onderdelen a-b en c.



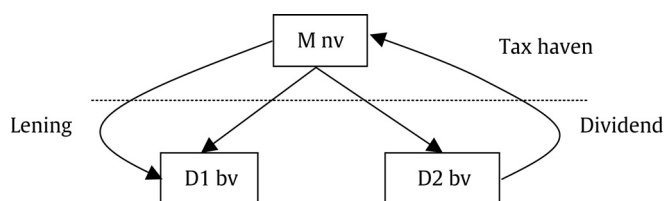
Figuur 6: Voorbeeld van een situatie ex art. 10a, lid 2, onderdeel c

Volgens de wetgever valt ook de situatie van het dooruitdelen van dividenden die zijn ontvangen van buitenlandse dochters, gevolgd door het aangaan van een lening door een Nederlandse groepsvennootschap onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel c.¹⁵⁹ Hieruit blijkt dat de wetgever de reikwijdte van onderdeel c breed acht.

158. Anders Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 146.

159. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 34.

Bouwman en De Jong menen dat de volgende situatie onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel c valt. Een in Nederland gevestigde vennootschap keert dividend uit aan een moeder gevestigd in een tax haven. Vervolgens verstrekt M nv een lening aan D1 bv. Hoewel ik meen dat een dergelijke situatie naar de ratio onder art. 10a, lid 2, onderdeel c (situatie 4) zou moeten vallen, lijkt onderdeel a naar de letterlijke tekst van toepassing. D1 bv heeft immers een lening opgenomen van een verbonden lichaam. Voorts lijken de dividenduitkering aan een verbonden lichaam en de lening verband met elkaar te houden.



Figuur 7: Voorbeeld van een situatie ex art. 10a, lid 2, onderdeel c

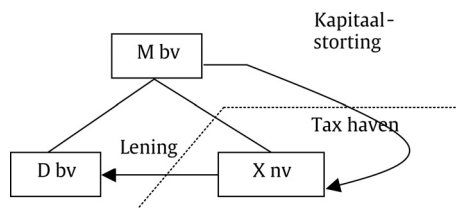
Getuige het voorgaande doet zich een samenloop voor tussen onderdelen a-b en onderdeel c van art. 10a, lid 2. Hoewel de praktische betekenis van de overlap beperkt is, acht ik deze ongewenst. Ondanks de letterlijke tekst van onderdeel a ben ik daarom van mening dat de laatst behandelde structuur onder het bereik van onderdeel c zou moeten vallen. Daarvoor is vereist dat 'verband' ex art. 10a, lid 2, aanhef ten behoeve van onderdelen a en b beperkt wordt uitgelegd, in de zin dat de dividenduitkerende partij rechte dan wel in feite direct of indirect een lening heeft opgenomen om de dividenduitdeling te kunnen doen.¹⁶⁰ Hierbij is het tevens mogelijk dat de dividenduitkering eerst wordt gedaan, en dat de lening pas daarna wordt opgenomen.¹⁶¹ Van belang is dat de lening de besmette rechtshandeling mogelijk heeft gemaakt.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor onderstaande structuren. In de casus van figuur 8 stort een moedervenootschap kapitaal in een dochter in een tax haven. Deze verstrekt de ontvangen gelden vervolgens als een lening aan D bv. Naar de ratio valt deze structuur onder art. 10a, lid 2, onderdeel c (situatie 3). Door middel van een kapitaalstorting verlaat eigen vermogen immers Nederland, terwijl dezelfde gelden vervolgens Nederland weer binnenkomen als rentedragende lening. Op basis van de wettekst lijkt (ook) art. 10a, lid 2, onderdeel b toepassing te vinden. Er is namelijk sprake van een lening aan gecombineerd met een kapitaalstorting in een verbonden lichaam, waarbij de kapitaalstorting en de lening verband houden. Ik pleit er even-

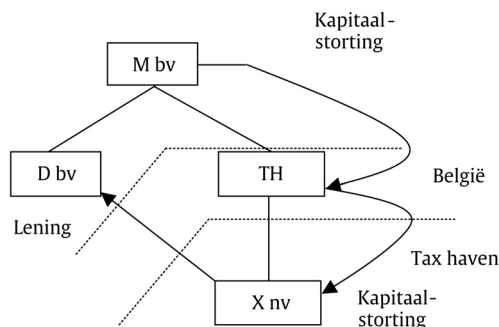
160. Hoe 'verband houden met' moet worden uitgelegd blijkt in ieder geval niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis. Aldaar merkt de staatssecretaris namelijk slechts op: 'Of er een verband aanwezig is tussen enerzijds de geldlening en anderzijds de in het tweede lid genoemde rechtshandelingen wordt beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. (...) Causaliteit kan ook aanwezig zijn ingeval de rechtshandeling plaatsvindt voordat de lening wordt aangegaan', MvT, TK 1995-1996, 24 696, blz. 18.

161. Vergelijk in dit verband MvT, TK 1995-1996, 24 696, blz. 18.

wel voor om in casu onderdeel c van toepassing te verklaren en niet onderdeel b. Dit geldt ook voor de tweede casus (figuur 9), die volgens de wetgever ook valt onder onderdeel c.¹⁶² Mijns inziens hoort zo'n situatie ook thuis onder art. 10a, lid 2, onderdeel c (situatie 3). De problematiek van de overlap van onderdelen a-b en c komt voort uit het feit dat onderdelen a en b slechts een verband eisen tussen de lening en een rechtshandeling, maar dat niet wordt geëist dat degene die de lening opneemt ook degene is de besmette rechtshandeling verricht. Gelet op het voorgaande lijkt onderdeel c zinledig, bij een extensieve interpretatie van onderdelen a en b.



Figuur 8: Voorbeeld van art. 10a, lid 2, onderdeel c



Figuur 9: Voorbeeld van art. 10a, lid 2, onderdeel c

162. In de Nota navv kwam een dergelijke situatie ook aan de orde: 'Zij (CDA-fractie, JvS) voeren in dit verband aan dat een Nederlandse holding bijvoorbeeld een Belgische tussenhoudster kan inschuiven die kapitaal stort in een tax-havenvennootschap, waarna deze tax-havenvennootschap de gelden doorleent aan een Nederlands concernonderdeel. Mijn reactie hierop is dat deze situatie wordt bestreken door onderdeel c van het voorgestelde artikel 10a, tweede lid. Er vindt immers een aanwending plaats van vermogen door een met de belastingplichtige (het Nederlandse concernonderdeel dat de geldlening opneemt) verbonden lichaam (de Nederlandse holding) ten behoeve van de tax-havenvennootschap, waardoor de tax-havenvennootschap in staat wordt gesteld om de lening aan de Nederlandse dochter te verschaffen. Onderdeel c van het voorgestelde artikel 10a, tweede lid, is niet van toepassing ingeval de gelden die in de tax-havenvennootschap terecht komen niet op enigerlei wijze van een verbonden Nederlands lichaam afkomstig zijn', Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30. Een latere kapitaalstorting door de Nederlandse moeder in de Belgische dochter gevolgd door een storting door de Belgische dochter in de tax-havenvennootschap, die dit geld vervolgens terugleent aan de Nederlandse dochter, kwalificeert mijns inziens als de hierboven beschreven situatie 3: een lening die is aangegaan in verband met een kapitaalstorting door een met de belastingplichtige verbonden lichaam.

6.5.3 Tegenbewijs

6.5.3.1 Algemeen

Toepassing van de in art. 10a, lid 2 opgenomen renteaftrekbeperking komt niet aan de orde, indien de belastingplichtige wettelijk bepaald tegenbewijs levert. Hiertoestaan twee wegen open. Ten eerste vindt art. 10a, lid 2 geen toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt, dat zowel de 'besmette' rechtshandeling als de daarmee verband houdende geldlening zijn ingegeven door zakelijke overwegingen. Beperking van renteaftrek komt evenmin aan de orde, indien hij aannemelijk maakt dat op het niveau van de feitelijke rentegenieter per saldo een belasting naar inkomen of winst wordt geheven die redelijk is naar Nederlandse maatstaven. Art. 10a draait de bewijslast ten aanzien van de aftrekbaarheid van rente om ten nadele van belastingplichtigen. Immers, de rente op een lening die valt onder het bereik van art. 10a, lid 1 of 2 is niet aftrekbaar, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt.¹⁶³

6.5.3.2 Zakelijke overwegingen

Positie tegenbewijs ten opzichte van totaalwinst

Getuige art. 10a, lid 3, onderdeel a kan een belastingplichtige beperking van renteaftrek ingevolge art. 10a, lid 2 afwenden door aannemelijk te maken, dat aan de rechtshandeling en de daarmee verband houdende geldlening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Voor deze eerste mogelijkheid tot tegenbewijs geldt derhalve een dubbele toets:

- de zakelijke overwegingen voor de geldlening; en
- de zakelijke overwegingen voor de besmette rechtshandeling.

In de Nota navv merkt de wetgever terecht op dat de zakelijkheid van de lening aan de orde komt bij de vraag of de verstrekte gelden fiscaal als lening of als kapitaal moeten worden aangemerkt. Terecht geeft hij aan dat toepassing van art. 7 Wet IB 1964 (thans art. 3.8 Wet IB 2001) vooraf gaat aan toepassing van art. 10a.¹⁶⁴ Voor toepassing van art. 10a, lid 3, onderdeel a is het evenwel van belang of zakelijke motieven ten grondslag liggen aan de lening en de daarmee verband houdende rechtshandeling. Hiermee is evident nog niet aangegeven wat moet worden verstaan onder zakelijke motieven/overwegingen. Voordat ik op deze vraag inga, onderzoek ik eerst wat moet worden verstaan onder 'in overwegende mate'.

163. Bij de parlementaire behandeling merkte de staatssecretaris dienaangaande op: '*dat onder de huidige wetgeving (dat is voor de invoering van art. 10a, JvS) de inspecteur aannemelijk moet maken dat de belastingbesparing het overwegende motief is geweest. Juist om zijn positie bij het bestrijden van de rente-aftrek te versterken, is in het wetsvoorstel de bewijslast omgekeerd. Naar verwachting zal dit er eveneens toe leiden dat de lasten in de uitvoering minder groot worden*', Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 35.

164. Zie ook Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 32-33.

In overwegende mate

In de parlementaire behandeling is geen aandacht besteed aan de invulling van 'in overwegende mate'. Evenmin is dit begrip wettelijk nader ingevuld. De term 'overwegende' geeft taalkundig aan, dat de zakelijke redenen zwaarder hebben gewogen dan de belastingbesparingmotieven.¹⁶⁵ De fiscale motieven mogen slechts een ondergeschikte rol hebben vervuld. Hiermee lijkt het wettelijk geformuleerde tegenbewijs strenger dan het door de Hoge Raad gehanteerde criterium voor de invulling van *fraus legis*. Uit de winstdrainagejurisprudentie blijkt dat voor de invulling van het motiefvereiste, een meer dan bijkomstig zakelijk motief al voldoende is voor de conclusie dat er geen sprake is van *fraus legis*.

Fiscale overwegingen

Voor een concern als geheel kan belastingbesparing bedrijfseconomisch zakelijk zijn. Volgens de wetgever kwalificeren fiscale overwegingen echter niet als zakelijke overwegingen.¹⁶⁶ Op zichzelf acht ik deze beperking begrijpelijk, omdat anders art. 10a zinledig zou zijn. Structuren die vallen onder het bereik van art. 10a zijn namelijk juist gericht op het besparen van belasting. Opvallend in dit kader is echter, dat de opmerking in de MvA niet is beperkt tot binnenlandse fiscale overwegingen. Dit lijkt met zich te brengen dat ook het realiseren van belastingbesparing of het realiseren van een ander belastingvoordeel in het buitenland, niet kwalificeert als een zakelijke overweging. Buitenlandse belastingbesparing raakt de Nederlandse schatkist evenwel in beginsel niet. Het motief van de wetgever is daarom waarschijnlijk dat op deze wijze verdragspartijen 'fair' worden behandeld en dat Nederland in het buitenland geen slechte naam krijgt.

Overigens is het de vraag of de niet-zakelijkheid van binnenlandse fiscale overwegingen moet worden beperkt tot overwegingen ten aanzien van de vennootschapsbelasting en in het bijzonder het uithollen van de belastinggrondslag door rentestromen, of dat ook overwegingen ten aanzien van de besparing van andere belastingen kwalificeren als niet-zakelijk. Hierbij viel tot 1 januari 2006 te denken aan de kapitaalsbelasting. Het kan zakelijk zijn om een in beginsel besmette transactie te financieren met een lening omdat dan heffing van kapitaalsbelasting wordt voorkomen. Dit lijkt mij een gerechtvaardigde reden voor belastingplichtigen om te kie-

165. Zie De Vries, R.J.; Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1996 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524.

166. MvA, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 4. Uit deze passage blijkt dat de term zakelijkheid enigszins ongelukkig is gekozen, omdat het zakelijkheidscriterium doorgaans wordt gebruikt voor o.a. informele kapitaalstortingen en verkapte dividenden. Vergelijk ook Doornebal, J.; De opmars van het zakelijkheidscriterium, TFO 2001/158 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 71. Ook op andere punten in de wet wordt het zakelijkheidscriterium gehanteerd, vergelijk bijvoorbeeld art. 14, lid 4, tweede volzin, art. 14a, lid 6, tweede volzin en art. 14b, lid 5 tweede volzin.

zen voor een lening.¹⁶⁷ Een andere fiscale overweging betreft de besparing van bronheffing.

Aandeelhoudersmotieven

Een vraag die opkomt is of 'aandeelhoudersmotieven' kunnen kwalificeren als 'in overwegende zakelijke overwegingen'. Jurisprudentie inzake juridische splitsing biedt in dit verband mogelijk enig perspectief.¹⁶⁸ In deze arresten kwam immers vast te staan dat de herstructurering was ingegeven door aandeelhoudersmotieven.

Het Hof overweegt: 'Belanghebbende heeft immers betoogd dat het oogmerk van de voorgenomen splitsing vooral is elke pensioengerechtigde voortaan zijn eigen beleggingsbeleid te kunnen doen voeren en er voor te zorgen dat eventuele sterftewinst ten aanzien van één pensioengerechtigde niet ten bate van andere pensioengerechtigden doch ten bate van de erven van de overledene strekt. Het betreft hier derhalve belangen die met de belangen van een onderneming (...) niet te doen hebben'.

Het Hof geeft voorts aan dat fiscale faciëring van een splitsing – zowel in de fusie-richtlijn als in de Nederlandse wetgeving – niet afhankelijk is gesteld van het antwoord op de vraag of sprake is van een bepaald oogmerk. Voldoende is dat wordt voldaan aan de in de richtlijn en in de wet gestelde eisen, en dat belanghebbende aannemelijk maakt dat – in de woorden van de richtlijn – belastingfraude of belastingontwijking niet een van de hoofddoelen van de splitsing is. De Nederlandse wet spreekt van 'niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing'. Het Hof interpreteert dit – gelet op het bepaalde in de richtlijn – in de zin dat geen sprake mag zijn van belastingfraude of belastingontwijking. Voor een splitsing kwalificeren aandeelhoudersmotieven derhalve kennelijk als zakelijke overwegingen. Ik zie niet in waarom dat – behoudens excessen – anders zou moeten zijn voor toepassing van art. 10a, lid 1 en lid 3, onderdeel a. Vergelijk in dit verband het door Hoogendoorn gegeven voorbeeld van het verbeteren van de concernstructuur.¹⁶⁹ Anders dan Meijer ben ik niet geneigd de zakelijkheidstoets te beperken tot situaties die zijn gericht op het verbeteren van de bedrijfscontinuïteit.¹⁷⁰ Hierbij past wel een belangrijke kanttekening. Mijns inziens blijft BNB 1996/4 (ondanks BNB 2005/169) zijn belang behouden. Dit betekent dat hoewel een bepaald feitencomplex op zichzelf tot een zakelijk resultaat leidt, hierin rechtshandelingen kunnen zijn begrepen die op zichzelf niet kwalificeren als zakelijk. Hof Amsterdam kwalificeert aandeelhoudersoverwegingen niet als zakelijke overwegingen voor toepassing van art. 10a, lid 1, zie Hof Amsterdam 15 december 2004, V-N 2005/18.13.

167. Vergelijk in dit verband r.o. 4.10 en 4.11 van de Hofuitspraak voorafgaande aan HR 17 december 2004, BNB 2005/169, alwaar het besparen van kapitaalsbelasting door het Hof als een valide argument lijkt te worden aangemerkt voor het verstrekken van een lening in plaats van een kapitaalstorting.

168. Hof Amsterdam 30 januari 2002, V-N 2002/20.10.

169. Hoogendoorn, Het voorgestelde art. 10a Wet Vpb. 1969: reparatie uitholling of uitbreiding belastinggrondslag?, FED 1996/432.

170. Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 47.

Dienaangaande overwoog het Hof als volgt: *'Gelet hierop is het Hof van oordeel dat dit schuldig blijven heeft plaatsgevonden met het oog op (uiteindelijk) de persoonlijke belangen van de gezusters (de uiteindelijke aandeelhouders, JvS). Aan de schuldig erkenning hebben derhalve geen in overwegende mate zakelijke overwegingen van belanghebbende ten grondslag gelegen als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, van de Wet'.*

Voorbeelden van zakelijke overwegingen

Voor de invulling van het begrip zakelijke overwegingen ex art. 10a, lid 3, onderdeel a kan blijkens de parlementaire geschiedenis worden aangesloten bij de invulling van ditzelfde begrip in lid 1 en omgekeerd.¹⁷¹ Het volgende voorbeeld van zakelijke overwegingen is tijdens de parlementaire behandeling aan de orde geweest. De aandelen in een belastingplichtige zijn gedeeltelijk in handen van een verbonden lichaam en gedeeltelijk in handen van derden. Indien de belastingplichtige ten behoeve van een consistente dividendpolitiek overgaat tot het uitdelen van winstreserves en hiervoor een lening opneemt bij een verbonden lichaam, kunnen zakelijke overwegingen aanwezig zijn.¹⁷²

Een ander voorbeeld betreft de situatie waarin een lening is verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde. Uiteindelijk, voor het concern als geheel gezien, is deze lening aangegaan jegens een derde.¹⁷³ Ik acht deze vorm van tegenbewijs in overeenstemming met de ratio van de regeling. Opvallend is evenwel dat een dergelijke situatie wordt gevat onder 'in overwegende mate zakelijke overwegingen' terwijl in art. 15ad een separate tegenbewijsregeling is opgenomen voor leningen die uiteindelijk extern zijn opgenomen.¹⁷⁴ Overigens zijn Sillevius en De Vries van mening dat als gevolg van de materiële werkelijkheidstoets in een situatie als deze – waarin uiteindelijk is geleend van een derde – in het geheel niet wordt toegekomen aan de toepassing van art. 10a, lid 2, aangezien de lening in feite niet is verschuldigd aan een verbonden persoon.¹⁷⁵ Ik acht hun visie evenwel niet juist. Op grond van art. 10a, lid 2 valt zo'n lening onder het bereik van de renteaftrekbepaling indien de lening verband houdt met een besmette rechtshandeling. Rechts is de geldlening namelijk wel verschuldigd aan een verbonden persoon. In art. 10a, lid 2 staat immers *'geldleningen rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam'*.¹⁷⁶ Sillevius en De Vries zouden gelijk hebben gehad, wanneer in de hiervoor aangehaalde frase 'en' stond in plaats van 'dan wel'. Uit het tweede lid blijkt duidelijk dat het formeel/rechts zijn verschuldigd van de geldlening aan een verbonden lichaam voldoende is om de ren-

171. Vergelijk Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 17.

172. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 20-21.

173. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21. Dit laatste voorbeeld lijkt te zijn ingegeven door BNB 1996/6. Vergelijk in dit verband tevens Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 26-27. Vergelijk voorts het Besluit van 23 december 2005, CPP2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 2.1.2.

174. Daniels, A.H.M., Uitholling en fiscale infrastructuur, WFR 1996/1493 en ook Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 46.

175. Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, 2.12.D.a.3.VI.

176. Vergelijk in dit verband tevens Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

teaftrekbeperking in te roepen, mits de geldlening verband houdt met een van de 'verboden' rechtshandelingen. Voor het behoud van de renteaftrek moet derhalve (succesvol) tegenbewijs worden geleverd.

6.5.3.3 Compenserende heffing

Tegenbewijsoorsprong in jurisprudentie

De in art. 10a, lid 3, onderdeel b opgenomen tegenbewijsregeling doet denken aan arresten zoals BNB 1993/196 en BNB 1996/3. In deze arresten – die overigens zijn gewezen voor situaties die speelden voor de invoering van art. 10a – stond de Hoge Raad renteaftrek toe, omdat sprake was van een compenserende heffing. Met andere woorden, in die zaken werden de rentebaten belast naar een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Indien de met de rentelast corresponderende rentebaten elders waren onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing, kon van *fraus legis* op die grond al geen sprake zijn. Bij de invoering van de antiwinstdrainagewetgeving heeft de wetgever deze door de Hoge Raad ingezette lijn min of meer gevolgd. Hierbij teken ik wel direct aan dat de invulling van het wettelijke tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel b op bepaalde punten strenger is dan de door de Hoge Raad geïntroduceerde disculpatiemogelijkheid.

Naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing

De formulering 'naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing' roept de vraag op wat hieronder moet worden verstaan. De wetgever heeft noch wettelijk, noch in de wetsgeschiedenis een percentage genoemd dat als redelijk kan worden beschouwd. Wel gaf hij aan dat als uitgangspunt voor zo'n redelijke heffing (in zijn algemeenheid) geldt dat de heffing naar de winst of het inkomen wat betreft grondslag én tarief in overeenstemming moet zijn met de door de OESO-lidstaten gehanteerde gebruikelijke normen voor binnenlands belastingplichtige vennootschappen en natuurlijke personen. Hierbij geldt verder als voorwaarde dat de renteontvanger niet aan een bijzonder regime is onderworpen en dat de rente daadwerkelijk dient te zijn onderworpen.¹⁷⁷ Bij de beoordeling of sprake is van een redelijke heffing wordt tevens de geheven belasting op grond van lagere wetgeving in aanmerking genomen, onder andere de zogenoemde opcenten. Wel is van belang dat het een heffing betreft naar inkomen of winst.¹⁷⁸

Naar de letter van art. 10a, lid 3, onderdeel b dient er mijns inziens voortdurend te worden getoetst of er sprake is van een redelijke heffing. Hiervoor vind ik tevens een

177. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 20. Van een bijzonder regime is sprake indien een bepaalde groep van belastingplichtigen is onderworpen aan een tarief dat/wordt belast naar een grondslag die aanzienlijk afwijkt van het tarief dat/de grondslag die in het algemeen geldt voor binnenlands belastingplichtige vennootschappen en natuurlijke personen die in dat land zijn onderworpen aan de winstbelasting of de inkomstenbelasting. Hierbij is niet van belang of het bijzondere regime voortkomt uit een wettelijke regeling dan wel uit uitvoeringsbeleid, MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21. Vergelijk voor de invulling van 'redelijke heffing' tevens Handelingen, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-694.

178. Zie Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 34.

aanwijzing in BNB 2003/183 (zie paragraaf 6.2.5.4). Overigens zou een dergelijke strikte lezing van voornoemd artikel kunnen leiden tot zeer onredelijke uitkomsten. Indien het land waar de crediteur is gevestigd zijn belastingtarief fors verlaagt, dan zou dit met zich kunnen brengen dat niet langer tegenbewijs geldt en daarmee de rente niet langer aftrekbaar is. Ik acht het daarom redelijk dat beperking van renteaftrek niet aan de orde komt, indien de beperking ontstaat door een externe factor waarop een belastingplichtige geen invloed heeft, zoals een tariefverlaging. Overigens is het de vraag of het normaliter zo'n vaart zal lopen. Volgens het Hof 's-Hertogenbosch kwalificeert een tarief van 15% reeds als naar Nederlandse maatstaven redelijk, (V-N 2002/23.17). Hiervan uitgaande zou het land waar de crediteur is gevestigd, zijn tarief moet verlagen tot onder de 15%. Verder acht ik het waarschijnlijk dat ook een tarief van 12,5% (Ierland) kwalificeert als redelijk. Het is immers een 'normaal' EU-tarief. Een tariefverlaging tot (ver) onder de 12,5% ligt in de regel niet in de lijn der verwachting. Daarbij komt nog dat indien een tariefverlaging voortkomt uit een statuswisseling van de crediteur vergelijkbaar met (het inmiddels ingetrokken) art. 15b, een heffing tussen 6% en 7% nog kwalificeert als redelijk naar Nederlandse maatstaven.¹⁷⁹

Hoewel de renteaftrekbeperking van art. 10a ziet op renten, kosten en valutaresultaten daaronder begrepen, ziet de compenserende heffingseis slechts op de met de kosten corresponderende rentebaten. Voor valutaresultaten is dit begrijpelijk. Immers bij de crediteur manifesteert zich doorgaans geen valutaresultaat. Voor kosten heeft de wetgever er mijns inziens terecht voor gekozen om deze niet mee te nemen in de tegenbewijsregeling.¹⁸⁰ De kosten die verband houden met een lening, zijn ten eerste veelal verschuldigd aan niet-verbonden partijen. Denk bijvoorbeeld aan de kosten van het opstellen van de leningovereenkomst. Het laat zich voorts raden dat een compenserende heffingseis ten aanzien van kosten uitvoeringsproblemen met zich brengt. Problemen zullen zich ook voordoen indien over de kosten wel en over de rente geen redelijke heffing is verschuldigd, of andersom. Dient dan een pro-ratabenadering te worden toegepast? Als belangrijkste argument geldt mijns inziens dat art. 10a is gericht tegen winstdrainage: het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag door middel van rentestromen die bij de (gelieerde) ontvanger niet of laag belast zijn. Het winstdrainageargument speelt niet of nauwelijks bij kosten die verband houden met een lening, want deze worden namelijk veelal betaald aan een derde en deze gelden verlaten daarmee het concern. Daarnaast dient bij

179. Marres wijst nog op art. 39, lid 1 en lid 2, onderdeel a, BvdB 2001 en destilleert hieruit – in navolging van Wattel in punt 8.4 van zijn conclusie bij HR 8 februari 2002, BNB 2002/118 – een argument, dat als redelijke heffing in ieder geval de helft van het Nederlandse tarief heeft te gelden. Voornoemd artikel ziet op de voorkoming van passieve financierings vaste inrichtingen. Dit artikel bepaalt kort samengevat onder meer dat belastingplichtige kan kiezen voor een fictieve credit van de helft van het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 136.

180. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 168. Anders Meijer, die meent dat hier sprake is van een omissie, Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 49.

dienstverlening binnen het concern een arms's lengthprijs te worden gehanteerd, zodat uitholling van de Nederlandse heffinggrondslag niet voor de hand ligt.

Bijzonder regime

De toepasselijkheid van een bijzonder regime betekent niet zonder meer dat geen sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. In de parlementaire geschiedenis is in dit verband namelijk opgemerkt dat, ondanks de toepasselijkheid van een bijzonder regime, kan worden gesproken van een redelijke heffing, indien het resultaat van het gebruikmaken van het bijzondere regime niet in enigszins belangrijke mate voordeliger uitvalt dan een vergelijkbare binnenlandse situatie.¹⁸¹ Bij zo'n vergelijking dienen alle Nederlandse regelingen in ogenschouw te worden genomen, zoals voorheen de inmiddels ingetrokken/aflopende concernfinancieringsregeling van art. 15b.¹⁸² In dit kader verwijs ik naar het arrest BNB 2002/118 (Ierse IFSC-arrest), dat is gewezen voor een situatie die speelde voor de invoering van art. 10a. In dit arrest achtte de Hoge Raad een belastingheffing van ten minste 10% op het niveau van een Ierse concernfinancieringsmaatschappij als redelijk, mede gelet art. 15b. Daaraan deed niet af dat dit artikel in het in geding zijnde jaar nog niet was ingevoerd.¹⁸³

Overigens is het opvallend dat een buitenlands bijzonder regime alleen acceptabel is, indien Nederland een vergelijkbaar regime kent. Mede gelet op het Besluit van 24 mei 2002, nr. CPP2002/1469M, BNB 2002/241 (ingetrokken bij Besluit van 23 december 2005, nr. 2005/2662M, BNB 2006/90) met daarin strengere eisen dan de Hoge Raad stelt voor de aanwezigheid van compenserende heffing in de situatie van art. 15b-achtige lichamen, is het de vraag hoe moet worden aangekeken tegen een bijzonder regime als dat van de Belgische coördinatiecentra. Een dergelijk regime wijkt principieel af van art. 15b. Het lijkt er daarom op dat er, volgens de staatssecretaris, geen sprake is van compenserende heffing indien rentebaten neerslaan bij een coördinatiecentrum. Het is de vraag hoe deze opstelling zich verhoudt met EU-recht. Opgemerkt zij wel dat het coördinatiecentrum inmiddels is ingetrokken/aflopend vanwege de kwalificatie staatssteun. In paragraaf 6.7.3 ga ik nog nader in op de EU-rechtelijke aspecten van art. 10a. Wanneer ook andere landen zich zo zouden opstellen, zou bijvoorbeeld de (thans onder druk van de Europese Commissie aflopende) Nederlandse concernfinancieringsregeling weinig attractief meer zijn.

Niveau compenserende heffing

Om succesvol tegenbewijs te leveren dient in beginsel sprake te zijn van een compenserende heffing op het niveau van de verbonden crediteur. Compenserende heffing is echter evenzeer mogelijk op andere niveaus. Hierbij valt allereerst te denken aan pure doorstroomsituaties, waarbij de renteontvanger fungeert als een con-

181. Onder 'in enigszins belangrijke mate' wordt bij de financiële risicoreserve verstaan 15%, MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 38. Voor art. 10a zie ik geen reden om een andere invulling aan deze term te geven.

182. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21.

183. Zie ook paragraaf 6.7.1.2.

duit.¹⁸⁴ Dit volgt ook uit de wettekst, weer de frase 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' staat. Onduidelijk is hoe het tegenbewijs voor de compenserende heffing moet worden geleverd in een situatie van een garantstelling (afgezien van de benadering dat in dergelijke situaties sprake is van zakelijke overwegingen, zie paragraaf 6.4.4). Bij het verbonden lichaam is er geen (redelijke) heffing over de rente omdat deze vennootschap geen rente ontvangt. Of bij de bank van de belastingplichtige wel een redelijke heffing plaatsvindt, zal belastingplichtige doorgaans niet duidelijk zijn. Mijns inziens kan in zo'n situatie naar de letter slechts het tegenbewijs worden geleverd, indien belastingplichtige aantoont dat bij de bank sprake is van een redelijke heffing, zie ook hierna 'Indirect verschuldigde rente'.¹⁸⁵

Mijns inziens kan – mede gelet op BNB 1996/3 – ook een situatie ex art. 28 onder art. 10a, lid 3, onderdeel b, vallen. Wel is vereist dat de aandeelhouders van art. 28 in een dergelijke situatie zijn onderworpen aan redelijke heffing naar de winst of het inkomen. Het is mij onduidelijk hoe nu moet worden omgegaan met een art. 28-vennootschap die naast rentebaten tevens nadelen behaalt, bijvoorbeeld de afwaardering van een andere lening of deelneming. In zo'n situatie wordt geen winst dan wel een beperkte winst doorgestoten. Betreft het oude verliezen/uitdelingstekorten of verliezen/uitdelingstekorten die voorafgaande aan het aangaan van de lening voorzienbaar waren, dan lijkt er geen sprake te zijn van een compenserende heffing (vergelijk 'Verliezen en andersoortige aanspraken' hierna). In andere situaties zal de inspecteur aannemelijk moeten maken dat de structuur is opgezet om verliezen etc. te verrekenen die in het jaar zelf zijn ontstaan.

De renteaftrek blijft tevens overeind, indien de rente bij de schuldeiser niet is onderworpen aan een redelijke heffing maar er door antimisbruikswetgeving wel een redelijke heffing over de rente plaatsvindt bij een verbonden lichaam.¹⁸⁶ In de Nota navnv beperkt de wetgever zich tot situaties waarin de financieringsmaatschappij in het jaar van ontvangst de rentebaten bij de (groot)moeder in de heffing betreft. In voorkomende gevallen vindt de heffing op topniveau later plaats dan in het jaar van ontvangst door de dochter. Volgens de wetgever kwalificeren dergelijke situaties slechts als redelijke belastingheffing, indien de rente-inkomsten bij de moeder op grond van CFC-wetgeving in de belastinggrondslag zijn begrepen van het jaar van ontvangst van de rente door de financieringsmaatschappij. Wel mag dit pas in een later jaar via een aanslag worden geformaliseerd.¹⁸⁷ Ik betwijfel of deze opvatting

184. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 33.

185. Vergelijk Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 160.

186. Vergelijk Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 8. Dergelijke situaties kunnen zich voordoen als gevolg van onder meer subpart-F-wetgeving van de Verenigde Staten en de Britse CFC-wetgeving. CFC staat voor Controlled Foreign Company. Op grond van deze wetgeving worden (kort gezegd) de passieve inkomsten zoals dividend, rente en royalty's van een (veelal) in een tax haven gevestigde vennootschap opgenomen in de belastinggrondslag van de bovenliggende aandeelhouder. Dergelijke wetgeving geldt onder meer de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Ook Nederland kent met art. 28b een CFC-achtige bepaling.

187. MvA, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 6.

van de wetgever in lijn is met de ratio van de regeling. Indien bijvoorbeeld de heffing bij de moeder op grond van CFC-regelgeving een jaar achterloopt bij de renteontvangst op het niveau van de dochter, lijkt mij nog steeds sprake van een redelijke heffing. Er bestaat immers een direct verband tussen de renteontvangsten op het niveau van de dochter en de heffing over de rentebaten een jaar later op het niveau van de moeder. Het accepteren van renteaftrek in zo'n situatie is mijns inziens eveneens in overeenstemming met onder andere BNB 1996/3 (inzake een art. 28 doorstootverplichting). In deze benadering ontstaat er voorts geen probleem ten aanzien van de situatie waarin het boekjaar van de moeder en het boekjaar van de dochter niet synchroon lopen. In de benadering van de wetgever lijkt er bij ongelijke boekjaren (partieel) geen sprake te zijn van een redelijke heffing.

Verder merk ik op dat ook een de heffing ex art. 28b kan kwalificeren als een naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing over de rentebaten die de buitenlandse (beleggings)dochter heeft genoten. Door de jaarlijkse opwaardering tot de waarde in het economisch verkeer van de buitenlandse financieringsmaatschappij, komen de rente-inkomsten van de financieringsmaatschappij immers in het jaar zelf tot uitdrukking bij de Nederlandse moedervereniging.¹⁸⁸ Onduidelijk vind ik hierbij hoe moet worden omgegaan met (voorzienbare) verliezen op het niveau van de buitenlandse passieve financieringsmaatschappij. In dergelijke situaties lijkt mij geen sprake te zijn van een redelijke heffing.

Indirect verschuldigde rente

Hiervoor gaf ik aan dat in situaties van garantstellingen een probleem kan ontstaan bij het leveren van het tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel b, vergelijk ook paragraaf 6.7. Allereerst is het de vraag bij wie de compenserende heffing moet plaatsvinden. Is dit het verbonden lichaam dat garant staat, of moet worden gekeken naar de crediteur(en)? Ik gaf al aan dat het mij logisch lijkt om te kijken naar de daadwerkelijke crediteuren. De debiteur zal in zo'n situatie echter lang niet altijd weten wie de crediteur(en) is (zijn) – denk aan obligaties aan toonder – laat staan dat de debiteur inzicht heeft in de belastingpositie van zijn crediteur(en).¹⁸⁹ In de situatie waarin belastingplichtige leent van een (niet-gelieerde) bank, terwijl een met belastingplichtige gelieerde partij een rekening met een positief saldo aanhoudt bij deze bank (back to back), is mogelijk sprake van een indirect verschuldigde rente.¹⁹⁰ Marres merkt hierover op dat zijns inziens sprake is van compenserende heffing indien bij een van de twee personen de rente (voldoende) is belast.¹⁹¹ Ook de tekst van de wet biedt hiervoor een opening. Bovendien werkt de tegenbewijsregeling ook in CFC-

188. Zie ook Nota navv, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 3.

189. De opvatting van de wetgever dat 'Doordat voor de beperking van de rente-aftrek uit hoofde van artikel 10a de jurisprudentie als richtsnoer is genomen, zal er naar mijn oordeel in reële gevallen als regel geen sprake zijn van overgangsproblemen, zeker niet als rekening wordt gehouden met de in paragraaf 2.4 geschetste mogelijkheid van tegenbewijs' acht ik derhalve te positief, Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 13.

190. Vergelijk evenwel Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 33.

191. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 160.

situaties, zie hiervoor.^{192, 193} Wel bestaat in de benadering van Marres het risico dat structuren worden opgezet van doorstroomsituaties waarin bij de directe (niet-verbonden) crediteur wel en bij de indirecte verbonden crediteur geen compenserende heffing aanwezig is. De wetgever lijkt in dergelijke structuren renteaftrek niet voor te staan.¹⁹⁴

Verliezen en andersoortige aanspraken

Het vereiste tegenbewijs wordt niet geleverd, indien geen heffing plaatsvindt door het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken uit het verleden.¹⁹⁵ Hiermee heeft de wetgever het Plc-arrest geneutraliseerd. Art. 10a, lid 3, onderdeel b is zo vormgegeven dat de belastingplichtige aannemelijk dient te maken, dat de crediteur niet beschikt over oude compensabele verliezen of andersoortige oude aanspraken.¹⁹⁶ Indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat er op het niveau van de crediteur sprake is van een redelijke heffing over de rentebaten en de heffing niet effectief wordt gefrustreerd door verliesverrekening e.d., is toepassing van art. 10a nog niet geheel afgewend. Art. 10a vindt namelijk toch toepassing, indien de inspecteur aannemelijk maakt dat de lening is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken die op korte termijn zullen ontstaan.

192. MvA, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 6.

193. Zie over deze materie tevens Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 245-246.

194. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 33: 'Het gaat daarbij dus om pure doorstroomsituaties waarbij de ontvanger van de rente als een zogenoemde "conduit" fungeert. In die situaties is het in de praktijk voor de inspecteur mogelijk om na te gaan of de rente bij een verbonden lichaam in een "redelijke" belastingheffing wordt betrokken'. Overigens merkt Marres later het volgende op: 'Anderzijds lijkt er geen sprake van een redelijke heffing wanneer tegenover de rentebate een vrijwel evengrote financieringslast staat. (...) Als dit wel zou worden aanvaard, dan zou art. 10a zeer eenvoudig kunnen worden ontlopen door een normaal belaste vennootschap tussen de belastingplichtige en de uiteindelijk (laag-belaste) crediteur te schuiven', Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 164. Een redelijke uitleg vordert zijns inziens dat bij in- en doorlenen tussen gelieerde partijen de belasting op ieder niveau wordt opgeteld en dat deze cumulatie van belastingheffing over de spread(s) plus de belastingheffing op het laatste niveau naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Hoewel een dergelijke benadering mijns inziens inderdaad redelijk is, lijkt mij een dergelijke benadering lastig uitvoerbaar. Verbanden tussen activa en passiva zijn immers niet altijd volledig helder. Daarnaast is het de vraag in hoeverre de benadering van Marres aansluit bij de wettekst. De letterlijke tekst lijkt namelijk te wijzen naar de behandeling van de rente van een crediteur.

195. Hierbij geldt het tijdstip van het ontstaan van het verlies of de andersoortige aanspraak als ijkpunt. Het overdragen van zulke aanspraken binnen concernverband sorteert derhalve geen effect, MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 20.

196. Twee voorbeelden van andersoortige aanspraken zijn de voormalige Britse ACT en de eveneens afgeschafte regeling voor de WIR (Wet Investeringsregeling).

In dit verband rijst de vraag, hoe moet worden aangekeken tegen een partiële verrekening. Duitsland kent zo'n systeem. Een compensabel verlies kan tot een bedrag van EUR 511.500 via carry back worden verrekend. Volledige carry forward is slechts mogelijk tot maximaal een winst van EUR 1 mln.¹⁹⁷ Boven dat bedrag kan in een jaar maximaal 60% van het compensabele verlies worden verrekend. Stel dat er EUR 5 mln. rente is verschuldigd aan een Duitse crediteur. Deze heeft een compensabel verlies EUR 100 mln. De jaarwinst van deze vennootschap bedraagt EUR 20 mln. inclusief rente. In Duitsland is $(20 - 1) \cdot 40\% = \text{EUR } 7.6 \text{ mln.}$ belast. Is de rente op het niveau van de Nederlandse crediteur nu aftrekbaar van de winst omdat sprake is van compenserende heffing in Duitsland? Ik acht het redelijk om hier te kiezen voor een pro-ratabenadering. Afgezien van de opstap van EUR 1 mln. lijkt het mij redelijk te stellen dat 40% van de betaalde rente is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. De staatssecretaris lijkt – gelet op het Besluit van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13, vraag 2 – eenzelfde mening te zijn toegedaan (vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 1.6).

Per saldo

In art. 10a, lid 3, onderdeel b komt twee maal de term 'per saldo' voor. De tweede keer houdt deze term expliciet verband met de aanwezigheid van verliezen. De eerste maal lijkt dit evenwel niet het geval, omdat de wijze waarop moet worden omgegaan met verliezen separaat in een bijzin is geregeld. De Vries en De Vries merken op dat mogelijk is gedacht aan de situatie waarin een buitenlands lichaam ten gevolge van een verrekeningssysteem geen of slechts een beperkt bedrag aan belasting behoeft af te dragen.¹⁹⁸ Dit vind ik een plausibele uitleg. Het lijkt mij evenwel dat ter zake van een dergelijke term – gelet op de huidige onduidelijkheid – meer uitleg in de parlementaire geschiedenis op zijn plaats zou zijn geweest.

Mogelijk dient de term 'per saldo' tevens om situaties waarin door toepasselijkheid van een buitenlandse wettelijke regeling een rentebetaling fiscaal non-existent is te weren uit de tegenbewijsregeling. Hierbij valt te denken aan de situatie waarin een Nederlandse debiteur met een buiten Nederland gevestigde vennootschap is opgenomen in een buitenlandse grensoverschrijdende fiscale eenheid. De rentebetaling bestaat dan niet voor het buitenland, zodat er in het buitenland geen belasting zal worden geheven over de ontvangen rentebaten. Van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing is dan in ieder geval al geen sprake op het niveau van de rente-ontvanger. Een situatie waarin in eerste aanleg vennootschapsbelasting is verschuldigd (en betaald), maar deze vennootschapsbelasting wordt teruggekeregen bij een uitdeling van winsten, valt mogelijk ook onder het bereik van de term per saldo.

Voorts kan worden gedacht aan het Amerikaanse 'check the boxsysteem'. Indien de Nederlandse debiteur wordt 'gecheckt', dat wil zeggen dat deze vennootschap vanuit Amerikaans fiscaal perspectief als transparant wordt aangemerkt, dan is de Neder-

197. Löser, J.; European tax Handbook 2005, editor Kesti, J.; IFBD, Amsterdam, 2005, blz. 245.

198. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.3.D.c1.

landse rentebetaling naar Amerikaans fiscaal recht non-existent en wordt daarover geen belasting geheven in de Verenigde Staten. De situaties van non-existent vallen mijns inziens evenwel zonder de term per saldo eveneens buiten het tegenbevijs, vergelijk de situatie van de grensoverschrijdende fiscale eenheid hiervoor. Een belastingplichtige kan in zo'n situatie immers onmogelijk aantonen dat de rente is onderworpen aan een redelijke heffing.

Uitstel

Bij de parlementaire behandeling van art. 13g, lid 5 is de wetgever ingegaan op het begrip compenserende heffing.¹⁹⁹

*'In dat verband merkte de wetgever onder meer op dat bij de bepaling of naar Nederlandse maatstaven sprake is van een redelijke heffing kan tot uitgangspunt worden genomen het daadwerkelijk en zonder uitstel onderworpen zijn aan een heffing naar de winst of het inkomen die wat grondslag en tarief betreft nog als in overeenstemming mag worden beschouwd met de door de OESO-lidstaten gehanteerde gebruikelijke normen voor binnenlands belastingplichtige vennootschappen en natuurlijke personen die niet aan een bijzonder regime zijn onderworpen'.*²⁰⁰

Hieruit blijkt dat uitstel van heffing met zich kan brengen dat geen sprake is van naar Nederlandse maatstaven compenserende heffing. De vraag rijst in hoeverre de eis van geen uitstel is gerechtvaardigd. Van uitstel komt immers geen afstel (of in ieder geval niet zonder meer). Marres merkt dienaangaande op dat het redelijk is om de contant gemaakte voorzienbare belasting als maatstaf te nemen voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.²⁰¹ Hoewel ik met Marres van mening ben dat een dergelijke benadering rechtvaardig zou zijn, betwijfel ik of een rechter zal oordelen dat in de situatie van uitstel sprake is van compenserende heffing. In dit verband wijs ik op de behandeling van compensabele verliezen voor de compenserende heffingstoets. Het niet als compenserende heffing kwalificeren van het opsouperen van compensabele verliezen acht ik – behoudens excessen – ook onrechtvaardig. Hierbij teken ik wel aan dat het niet gelden als compenserende heffing van verrekenen van verliezen wettelijk is bepaald in art. 10a, lid 3, terwijl een dergelijke bepaling ten aanzien van uitstel ontbreekt.

199. Brief d.d. 11 juli 2002, TK 2001-2002, 27 896 en 28 034, blz. 13. Hierbij verwijst hij ook expliciet naar het opgemerkte in de MvT bij de introductie van art. 10a, MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 20.

200. Brief d.d. 11 juli 2002, TK 2001-2002, 27 896 en 28 034, blz. 13.

201. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 136.

6.6 Het begrip verbondenheid

6.6.1 Verbonden lichaam

6.6.1.1 Definitie

In art. 10a, lid 2 komt de term ‘verbonden lichaam’ verschillende malen voor.²⁰² Dit begrip wordt in art. 10a, lid 4 gedefinieerd als een lichaam:

- waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.

Het gaat in alle drie de gevallen om zowel direct als indirecte relaties.²⁰³ Voorts kan – op verzoek – een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen kwalificeren als verbonden lichamen.²⁰⁴

De invulling van de termen ‘lichaam’ en ‘belang’ zijn mij niet op voorhand duidelijk en behoeven nadere bestudering.

6.6.1.2 Lichaam

In de parlementaire geschiedenis is de invulling van het begrip lichaam aan de orde geweest. Dienaangaande merkte de staatssecretaris het volgende op:

‘De leden van de D66-fractie verzoeken om een nadere definiëring van de term lichaam zoals gezegd in artikel 10a, tweede lid. In artikel 1 (...) dient de term lichamen als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting. Deze belastingplichtigen worden opgesomd in artikel 2 en artikel 3 van de wet. De besloten CV, deze leden vragen hiernaar, behoort hier niet toe. Ditzelfde geldt in beginsel voor de vennootschap onder firma. In bepaalde gevallen kan deze echter wel belastingplichtig zijn, bij voorbeeld wanneer een vennootschap onder firma moet

202. Ook voor andere bepalingen in de vennootschap is dit begrip verbonden lichaam van belang, vergelijk bijvoorbeeld art. 10, lid 2, art. 10b, lid 1 en art. 10d, lid 3.

203. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 35. Vergelijk voorts MvT, TK, 1986-1987, 19 968, blz. 11 en MvA, EK, 1989-1990, 19 968, blz. 10.

204. Zo'n verzoek zal met name worden gedaan met het oog op de toepassing van art. 15b. Overigens geldt de keuze voor verbondenheid niet alleen voor toepassing van art. 15b, maar ook voor de overige bepalingen ex art. 10a, lid 4, vergelijk MvA, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 5. Marres wijst in dit verband op art. 10d en art. 20, lid 4, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 176. In beginsel is het niet mogelijk om op verzoek te worden aangemerkt als niet-verbonden lichaam, vergelijk Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 34-35 en MvA, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 5. In het Besluit van 15 december 1997, BNB 1998/122 is hier echter een uitzondering op gemaakt. Dit geldt – onder voorwaarden – voor de situatie van een joint venture waarbij een internationaal werkzaam concern is opgebouwd uit twee of meer onderdelen (groepen verbonden lichamen) die zelfstandig ten opzichte van elkaar opereren en de aandeelhoudersband de enige binding is tussen deze onderdelen.

worden aangemerkt als een “andere vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld”. In artikel 10a, tweede lid, dient het begrip lichamen, evenals in alle andere bepalingen van de wet (onderstreping JvS²⁰⁵), te worden opgevat conform hetgeen hieronder in artikel 1 wordt verstaan’.²⁰⁶

Hieruit blijkt dat ‘lichaam’ moet worden opgevat ex art. 1. Indien deze opvatting juist is, dan betekent dit mijns inziens dat een vennootschap in beginsel straffeloos²⁰⁷ kan worden overgenomen door een Nederlandse tussenhoudster van haar buitenlandse moederverenootschap en dat de rente op de door de Nederlandse tussenhoudster bij haar buitenlandse moeder opgenomen lening in beginsel aftrekbaar is. De moeder houdt namelijk wel alle aandelen in de belastingplichtige, maar kwalificeert volgens de staatssecretaris niet als verbonden lichaam. Immers de buitenlandse vennootschap is geen lichaam ex art. 2 of art. 3. De vennootschap is niet in Nederland gevestigd (art. 2) en geniet geen Nederlands inkomen (art. 3).²⁰⁸

Gelet op het voorgaande lijkt art. 10a derhalve relatief eenvoudig te omzeilen. Dit is evident niet beoogd door de wetgever, getuige ook de parlementaire geschiedenis en de achtergrond van de antiwinstdrainagewetgeving.²⁰⁹ Hierna ga ik er daarom van uit dat het begrip lichaam breder dient te worden uitgelegd dan de staatssecretaris doet in de Nota navnv. Zo meen ik dat ook situaties waarin is geleend van een buitenlandse moederverenootschap vallen onder het bereik van art. 10a. Hetzelfde geldt mijns inziens voor situaties waarin wordt geleend van een verbonden lichaam dat niet belastingplichtig is, bijvoorbeeld een stichting.

Een dergelijke situatie deed zich voor in HR 8 oktober 2004, BNB 2005/51. Het Hof overwoog dienaangaande als volgt: ‘Een stichting is een lichaam in de zin van artikel 2, eerste lid van de Wet. Dat zulk een lichaam alleen belastingplichtig is, indien en voor zover het een onderneming drijft, doet daar niet aan af. Zulks is ook de strekking van de opmerking van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van het onderhavige wetsvoorstel (TK 1995-1996, 24 696, nr. 8, blz. 19²¹⁰). Omdat het principale beroep (van de inspecteur) niet tot vernietiging van de uitspraak van het Hof leidde, behoeft het incidentele beroep geen behandeling. Of de Hoge Raad het oordeel van het Hof deelt, is derhalve niet duidelijk.

Meussen acht – getuige zijn noot onder BNB 2005/51 – de opvatting van belanghebbende creatief, maar onjuist. Hij vindt het ‘te gek voor woorden’ dat een dergelijke

205. Er wordt gevraagd naar de invulling van het begrip lichaam voor lid 2. Volgens de staatssecretaris geldt de wijze van invulling van het tweede lid tevens voor de invulling van andere bepalingen.

206. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 19.

207. Afgezien van eventueel fraus legis en de bijzondere situatie waarin a.b.-heffing is verschuldigd ingevolge art. 17, lid 3, onderdeel b.

208. Anders Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 164.

209. In gelijke zin Meijer, die meent dat hier sprake is van een omissie, Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 85.

210. Deze verwijzing is overigens niet correct. Bedoeld zal zijn TK, 1996-1997, 24 696, nr. 8, blz. 19.

situatie buiten het bereik van art. 10a zou vallen. Zoals ik al aangaf, deel ik het standpunt van belanghebbende. De verwijzing van het Hof naar de strekking van de opmerking van de wetgever acht ik pertinent onjuist. De hiervoor aangehaalde passage kan naar mijn mening niet anders worden gelezen. Dat deze opvatting tegen de ratio van art. 10a ingaat is helder, maar daarmee wordt de strekking niet anders. Desalniettemin ben ik van mening dat de Hoge Raad in voorkomende gevallen conform het Hof in het nadeel van belastingplichtigen zou moeten beslissen, met een beroep op de ratio van art. 10a. Dergelijke situaties horen mijns inziens namelijk te vallen onder het bereik van art. 10a. Aan voornoemde opmerking van de wetgever kan bovendien geen (direct) vertrouwen worden ontleend nu deze als wetgever is gedaan. Gelet op het voorgaande acht ik een invulling van het begrip lichaam ex art. 2, lid 1, onderdeel b AWR gewenst.

6.6.1.3 *Belang*

De invulling van het begrip 'belang' is cruciaal voor de beoordeling of sprake is van verbondenheid.²¹¹ Voor de invoering van art. 10a was het begrip verbonden lichaam opgenomen in art. 13b, lid 6. Bij de parlementaire behandeling van dit artikel is aandacht besteed aan de invulling van 'belang'. Daarbij gaf de wetgever aan, dat het in beginsel gaat om het belang bij de aandelen. Dit is anders bij een lichaam zonder een in aandelen verdeeld kapitaal.²¹² De deelname in het kapitaal is dus de factor die de mate van verbondenheid bepaalt.²¹³ Zeggenschap dan wel leiding is in beginsel niet van belang. Andere rechten, bijvoorbeeld die van schuldeisers, vallen kennelijk niet onder de definitie van belang en hebben als zodanig geen invloed op de verbondenheid. Hierbij dient het kapitaalbegrip mijns inziens op de voor de fiscaliteit gebruikelijke wijze te worden ingevuld. Dit betekent dat hieronder tevens wordt be-

211. De reikwijdte van dit begrip is thans nog niet (geheel) duidelijk. Voor een literatuuroverzicht over dit begrip verwijs ik naar Niel, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557.

212. MvT, TK, 1986-1987, 19 968, blz. 11 en MvA, EK, 1989-1990, 19 968, blz. 10. Vergelijk in dit verband Van der Geld, J.A.G.; De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale Monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1991, blz. 147-148 en Niel, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557.

213. Met Marres ben ik van mening dat hierbij tevens moet worden gekeken naar bijzondere (soort)aandelen, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 170-171. Marres (blz. 173) wil de werkelijke waarde van de diverse belangen gebruiken voor de weging van het belang. Bij aan de beurs genoteerde aandelen en opties levert dit in de regel geen onoverkomelijke problemen op. In alle andere situaties is het telkens naar de waarde in het economisch verkeer waarden van de 'belangen' evenwel geen sinecure. Het lijkt mij eenvoudiger om te kijken naar het aandeel in de winst en zeggenschap dat toekomt aan een bepaald belang, hoewel zich ook op dit punt uitvoeringsproblemen zullen voordoen.

grepen informele kapitaalstortingen zoals deelnemerschapsleningen.²¹⁴ Voor deze opvatting vind ik tevens steun in de parlementaire geschiedenis.²¹⁵ Volgens de wetgever is ook de aanwezigheid van een hybride lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d relevant bij de beoordeling of sprake is van een belang.²¹⁶ Overigens vind ik dit opvallend, gelet op het feit dat in beginsel moet worden aangesloten bij kapitaalbelangen. Een hybride lening kwalificeert namelijk niet als kapitaal en telt niet mee als eigen vermogen voor toepassing van art. 10d. Mijns inziens is het daarom niet zon-

214. Vergelijk in dit kader de volgende opmerking van de wetgever bij het Wetsvoorstel uitbreiding fiscale jurisdictie tot het Nederlandse deel van het continentaal plat: *'Bij het bepalen van de omvang van het belang kan naast deelname in het kapitaal ook een schuldverhouding in aanmerking worden genomen, indien deze schuldverhouding fiscaalrechtelijk als kapitaal wordt behandeld. Deelname in de leiding, zo merk ik ten slotte op, geldt niet als criterium (onderstreping JvS) voor de vraag of sprake is van verbonden lichamen in de zin van het thans voorgestelde artikel 13b, vijfde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969'*, MvA, TK, 1988-1989, 20 603, blz. 13. Deze opmerking geldt mijns inziens ook voor het huidige art. 10a, lid 4, aangezien de wetgever verwijst naar art. 13b, lid 6 en deze laatste bepaling de voorloper is van art. 10a, lid 4. Vergelijk tevens Niekel, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557. De Vries en De Vries zijn echter een andere mening toegedaan, namelijk dat in bepaalde gevallen een belang via bijvoorbeeld een (achtergestelde) lening dan wel een warrantlening, via belangrijke winstrechten of exclusieve leverings- of afnamecontracten, dan wel via overgedragen stemrechten een rol spelen. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.3.H.
215. Nota navv, TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, blz. 35: *'(...) dat door de gehanteerde term "belang" niet alleen vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal onder de regeling vallen. Een consequentie daarvan is dat bij vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal niet meer uitsluitend het aandeel in het gestorte kapitaal, maar ook het aandeel in het geplaatste kapitaal een rol speelt. Het laatste impliceert dat niet alleen het financiële belang doorslaggevend hoeft te zijn. Het stemrecht wordt immers vooral bepaald door het aandeel in het geplaatste kapitaal en door de aard van de aandelen, terwijl het financiële belang vooral wordt bepaald door het aandeel in het gestorte kapitaal'*. Op het eerste gezicht lijkt deze opmerking van de wetgever niet geheel duidelijk. Hij kent namelijk in eerste aanleg gewicht toe aan de invloed van niet-financiële rechten zoals stemrechten, om direct de invloed van niet-materiële rechten te reduceren tot indirect via het geplaatste kapitaal. Op deze wijze wordt evenwel voorkomen dat door het niet volstorten van aandelen het verbondenheidscriterium kan worden gemanipuleerd, vergelijk De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.3.H.
216. Belastingplan 2002-II Economische infrastructuur, Schriftelijke antwoorden staatssecretaris, EK, 2001-2002, blz. 12-636.

der meer een gegeven dat hybride leningen meetellen bij de beoordeling of er sprake is van verbondenheid.²¹⁷ Bovendien levert dit aanzienlijke praktische problemen op.

Stel dat de vergoeding op een hybride lening wordt bepaald conform de volgende tabel:

Winst	Rentepercentage
< ←, € 100.000 >	2%
[€ 100.000, € 200.000 >	4%
[€ 200.00, € 500.000 >	6%
[€ 500.000, → >	8%

Tabel 1: Opbouw rentepercentage afhankelijk van de hoogte van de winst

Stel voorts dat de hybride lening € 1.000.000 en het eigen vermogen € 2.000.000 bedraagt

Winst (× € 1.000)	Vergoeding lening (× € 1.000)	Vergoeding eigen vermogen (× € 1.000)	Winsttaandeel lening
50	20	30	40%
100	40	60	40%
200	60	140	30%
500	80	420	16%
1.000	80	920	8%

Tabel 2: Weergave winstaandeel van een hybride vordering

Het winstaandeel van de hybride lening fluctueert met de hoogte van de winst. Bij een winst van 50 en een winst van 100 ligt het winstaandeel ruim boven de 33 1/3%. Bij een hogere winst daalt het winstaandeel evenwel. De verhouding hybride lening: eigen vermogen is 1:2. Onduidelijk is of nu moet worden aangesloten bij de verhouding 1:2, dan wel of moet worden gekeken naar het winstaandeel van de hybride lening. De eerste variant heeft als voordeel de relatieve eenvoud, maar werkt bij een relatief hoge winst arbitrair uit. Een winstaandeel van 8% brengt dan immers desalniettemin verbondenheid met zich. De tweede variant heeft als belangrijk nadeel

217. Anders Ligthart, die het voor de hand vindt liggen om ook hybride leningen mee te tellen, Ligthart, N.M.; De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969, TFO 2003/174.

dat achteraf (nadat de winst bekend is) duidelijk is of er sprake was van verbondenheid.

Gelet op het voorgaande verdient het mijn voorkeur om de term belang in beginsel te beperken tot (informele) kapitaalbelangen. Hybride leningen horen daar mijns inziens niet toe. Voorts dient slechts beperkte betekenis te worden toegedicht aan zeggenschap. Naast de argumenten uit de parlementaire geschiedenis om voor kapitaalvennootschappen het begrip belang (beperkt) uit te leggen als kapitaalbelang, vallen nog twee argumenten te noemen.²¹⁸ Het eerste argument volgt uit de redactie van art. 10a, lid 2, onderdeel b, waar de frase staat *'in het uiteindelijke belang dan wel de uiteindelijke zeggenschap'*. Zeggenschap staat hier naast belang. Ik acht het daarom niet logisch om in lid 4 het begrip belang in te vullen met het criterium zeggenschap. Een tweede argument is van meer praktische aard. Uit lid 4 blijkt dat verbondenheid moet worden ingevuld op kwalitatieve wijze (33 1/3%). Het is veelal niet eenvoudig een dergelijk percentage toe te kennen aan een bepaald zeggenschapsrecht. Heeft bijvoorbeeld een schuldeiser die één van de drie commissarissen mag benoemen een belang van 33 1/3%? Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat zeggenschapsrechten, stemrechten e.d. in beginsel niet van invloed zijn op het antwoord op de vraag of er sprake is van verbondenheid bij een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal.²¹⁹ Dit kan anders zijn bij een lichaam zonder een in aandelen verdeeld kapitaal. Hierbij dient mijns inziens niet zo zeer te worden gedacht aan een vof of een besloten cv. Blijkens de parlementaire geschiedenis kwalificeren deze vennootschappen immers niet als een lichaam en daarom evenmin als een verbonden lichaam.²²⁰ Mogelijk dat eerder moet worden gedacht aan rechtspersonen zoals een vereniging of stichting.

Uit de parlementaire behandeling noch uit de jurisprudentie wordt duidelijk hoe de mate van belang moet worden gemeten.²²¹ De Vries en De Vries zijn van mening dat een lichaam niet noodzakelijkerwijs de juridische en economische eigendom van de aandelen behoeft te bezitten. De economische eigendom is voldoende.²²² Dit lijkt mij inderdaad het best te passen bij de ratio van de regeling. Op deze wijze wordt voorkomen dat door certificering van de aandelen kan worden ontkomen aan de aanwezigheid van een belang. Aan de andere kant zien veel van de bepalingen waarin wordt verwezen naar 'verbonden lichaam' (zoals art. 10a, lid 2 en art. 13d, lid 9) op

218. Vergelijk Nickel, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557.

219. In gelijke zin Nickel, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557 en Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 86.

220. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 19.

221. Vergelijk in dit verband Hof Arnhem van 17 juni 1998, V-N 1998/57.14: *'Aangenomen moet worden dat de wetgever met de term "belang", gelet op het anti-ontgaanskarakter van genoemd art. 13b, een materieel criterium heeft geïntroduceerd ter vervanging van de formele, cijfermatige eis van gerechtigdheid in het aandelenkapitaal'*. Of belang zo materieel moet worden uitgelegd dat ook opties hieronder vallen is niet helder.

222. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.3.H.

situaties waarin door constructies binnen concernverband fiscale voordelen worden behaald. In dergelijke situaties past het niet om de zeggenschap van een verbonden lichaam daadwerkelijk bij derden onder te brengen. Normaliter zal een concern immers de zeggenschap direct of indirect, rechtens dan wel in feite willen behouden. Indien de zeggenschap niet langer (materieel) in handen is van het concern, dan lijkt misbruik niet of minder snel aan de orde. Ik acht het daarom eveneens verdedigbaar te stellen dat bij het ontbreken van feitelijke/materiële zeggenschap binnen een concern, geen sprake is van verbondenheid.

Desalniettemin acht ik het uitgangspunt dat ook bij de aanwezigheid van alleen de economische eigendom sprake kan zijn van een belang het meest juist en het beste passend bij de achtergrond van de regeling, te weten het tegengaan van oneigenlijk gebruik.

Gelet op de beperkt materiële invulling van 'belang' komt nog de vraag op, of ook een optie op aandelen dient te worden opgevat als een 'belang'.²²³ In het verlengde hiervan kan dezelfde vraag worden gesteld voor obligatieleningen met een conversierecht en voor warrantleningen. Nielke wijst er op dat indien opties niet kwalificeren als 'belang' ex art. 10a, lid 4, het ontwijken van verbondenheid relatief eenvoudig is.²²⁴ Dit is op zichzelf juist, maar ook het uitbreiden van het begrip belang met opties op aandelen zet mijns inziens de deur open naar oneigenlijk gebruik. Door opties te stallen bij niet-gelieerde partijen neemt het 'belang' van de aandeelhouder immers af. Overigens berust dan wel een aanzienlijk deel van het 'belang' bij de aandelen bij een derde en dit zal in concernrelaties lang niet altijd wenselijk zijn. Indien het bovendien opties op bestaande aandelen betreft, kan dit tot gevolg hebben dat een bestaande fiscale eenheid verbreekt. Tegen het vatten van opties onder 'belang' pleit het feit dat in de parlementaire geschiedenis van het begrip verbonden lichaam alleen wordt gesproken van een deelname en een belang *in* het kapitaal. Ook bij de parlementaire behandeling van art. 10a, lid 4 spreekt de staatssecretaris slechts van 'een deelname *in* het gestort en geplaatst kapitaal'. Wanneer onder belang ook opties op aandelen worden begrepen, had het meer voor de hand gelegen wanneer de wetgever had gesproken van het belang *in* en het belang *bij* het (gestorte dan wel geplaatste) kapitaal.²²⁵ Voorts heeft een optiehouder slechts een beperkt economisch belang bij de aandelen. Zo heeft een optiehouder immers onder meer geen recht op dividend. Voor het vatten van een optie onder 'belang' pleiten het Falconarrest (HR 22 november 2002, BNB 2003/34) en de werknemersoptiearresten (HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161). Uit deze arresten valt namelijk af te leiden, dat een optie-

223. Vergelijk in dit verband Van der Geld die zich afvraagt hoe certificaten van aandelen en andere gevallen van economisch eigendom van aandelen. Voorts vraagt hij zich af hoe het criterium verbondenheid moet worden gehanteerd indien het economisch belang bij de aandelen is gesplitst, Van der Geld, J.A.G.; De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 148.

224. Nielke, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557.

225. Nielke, S.F.M.; Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557.

houder moet worden gezien als een pseudoaandeelhouder.²²⁶ Ik betwijfel evenwel of deze benadering ook moet worden gevolgd voor de invulling van het begrip belang, gelet op het verschil in achtergrond tussen art. 10a, lid 4 en BNB 2001/160-161 en BNB 2003/34. Ik ben daarom van mening dat opties – ondanks BNB 2001/160-161 en BNB 2003/34 – niet onder het bereik van art. 10a, lid 4 vallen.²²⁷

Gelet op de hiervoor geconstateerde onduidelijkheid, acht ik het wenselijk dat de wetgever klare wijn schenkt over de reikwijdte van het begrip belang. Ik ben van mening dat moet worden gekozen voor een materiële invulling via het kapitaal, waarbij zeggenschap geen relevant dan wel doorslaggevend criterium is. Hybride leningen acht ik niet van belang voor de berekening van het belang, en opties evenmin. Daarmee blijft de invulling van het begrip 'belang' redelijk hanteerbaar. Het opnemen van opties en hybride leningen brengt mijns inziens onder meer aanzienlijke uitvoeringsproblemen met zich, vergelijk het genoemde voorbeeld ten aanzien van de hybride lening.

6.6.2 *Verbondenheid fiscale eenheid, fusie en splitsing*

In art. 10a, lid 6 is nadere invulling gegeven aan het begrip verbondenheid in relatie tot de fiscale eenheid. Daar is bepaald dat indien de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid, een met belastingplichtige verbonden lichaam tevens wordt aangemerkt als een verbonden lichaam met de andere van die fiscale eenheid deel uitmakende belastingplichtigen.²²⁸ Met deze bepaling heeft de wetgever buiten kijf willen stellen dat maatschappijen die deel uitmaken van een fiscale eenheid kwalificeren als verbonden lichamen. Ook bij juridische splitsingen en fusies wordt verbondenheid verondersteld, zie art. 14a, lid 7 respectievelijk art. 14b, lid 8. Hiermee wordt voorkomen dat bepaalde antimisbruikbepalingen worden omzeild door middel van een fusie of splitsing.²²⁹

6.6.3 *Verbonden natuurlijk persoon*

Niet alleen lichamen kunnen kwalificeren als verbonden personen. Ingevolge art. 10a, lid 5 kunnen ook natuurlijke personen worden aangemerkt als verbonden personen. Voor toepassing van art. 10a en art. 15ad kwalificeert als verbonden natuurlijk

226. Zie hiervoor nader De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.4.1.C.b3.

227. Anders Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door renteaftrek*, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 170-173. Als opties wel zouden moeten worden gerekend tot het 'belang', verdient het mijns inziens de voorkeur om hierbij onderscheid te maken tussen in the money-opties en deep out of the money-opties. Evident levert dit praktische problemen en afbakeningsproblemen op, maar het ontbreken van een dergelijk onderscheid zou oneigenlijk gebruik in de hand werken. Door deep out of the money-opties elders te stallen zou verbondenheid immers kunnen worden ontlopen.

228. NvW, TK, 1999-2000, 26 854, blz. 2.

229. Dergelijke structuren vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

persoon een natuurlijk persoon die een belang heeft van ten minste $\frac{1}{3}$ in de belastingplichtige, of in een met hem verbonden lichaam.²³⁰

6.7 Beoordeling antiwinstdrainagewetgeving

6.7.1 Effect op jurisprudentie

6.7.1.1 Effect antiwinstdrainagewetgeving op casus winstdrainagearresten

In de in paragraaf 6.2 behandelde arresten BNB 1993/194, BNB 1993/196, BNB 1996/3, BNB 1996/5 en BNB 1996/6 kwam toepasselijkheid van *fraus legis* en richtige heffing niet aan de orde. In deze situaties was er in de ogen van de Hoge Raad namelijk sprake van een compenserende heffing. Het doel van art. 10a is het overrulen van uitkomsten van arresten die voor de staat onwenselijk zijn. In deze paragraaf ga ik na of de wetgever hierin is geslaagd.

Met de invoering van art. 10a is BNB 1993/194 mijns inziens achterhaald. Een dergelijke situatie valt nu namelijk onder het bereik van art. 10a, lid 1, wat de beperking van renteaftrek met zich brengt. Dit is slechts anders, wanneer de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuldig erkenning in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.²³¹ Een situatie ex BNB 1993/196 valt nu zeer waarschijnlijk onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b. Van compenserende heffing ex art. 10a, lid 3, onderdeel b is evenwel geen sprake aangezien het opsouperen van compensabele verliezen niet als zodanig kwalificeert. Daarmee is ook BNB 1993/196 overruled.

Een situatie ex BNB 1996/3 (een interne verhangings gecombineerd met een interne lening) valt mijns inziens – behoudens tegenbewijs – onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b. Uit de MvT blijkt evenwel dat de staatssecretaris van mening is dat een casus zoals in BNB 1996/3 onder het eerste lid van art. 10a valt.²³² Ook Snijders verdedigt de toepasselijkheid van het eerste lid.²³³ Volgens Snijders leidt een interne verhangings die plaatsvindt tegen schuldig erkenning tot een uitdeling van vermogen

230. In art. 10a, lid 5, onderdeel b is een tweede definitie opgenomen van een verbonden natuurlijk persoon. Deze definitie geldt evenwel slechts voor de toepassing van art. 13b en art. 13ba.

231. Hieronder valt tevens de strenge eis van compenserende heffing uit Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 1.5.

232. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 16.

233. Snijders, H.P.W.; Beperking renteaftrek in de winstfeer op andere gronden dan *fraus legis* Ofte wel winstdrainage en het art. 7 Wet IB 1964-dilema, WFR 1998/20. Anders De Vries, R.J.; Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1996 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524, Van Dijk R.T.E. & Vogelaar, J.P.; Het 'Wetsvoorstel Uitholling Grondslag Vennootschapsbelasting': codificatie van en reactie op jurisprudentie, MBB 1996/229, Paardekoper, W.J.G.; Beperking of uitbreiding van de belastinggrondslag? Reactie op het artikel van drs. H.P.W. Snijders in Weekblad 1998/7274, WFR 1998/950 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 99. Overigens lijkt de interpretatie van Snijders breder dan die van de wetgever en de Hoge Raad die de kwalificatie lijken te beperken tot de specifieke casus in BNB 1996/3.

door de kopende vennootschap. Het deel van de koopsom dat uit het vermogen van de verhangen vennootschap kan worden 'geput', kwalificeert volgens hem als een schuldig gebleven dividend ex 10a, lid 1. Het deel van de koopsom dat niet uit het vermogen van de verhangen vennootschap kan worden geput, is een teveel aan uitgekeerd dividend. Dit teveel resulteert dan op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 in een schuld van de aandeelhouder van de kopende vennootschap aan de kopende vennootschap. Dit omdat de aandeelhouder op grond van het BW (art. 2:216 BW) geen recht heeft op dat teveel uitgekeerde dividend. Er ontstaat dan een (rentedragende) terugbetalingsverplichting.²³⁴ Anders dan Snijders ben ik met Paardekoper van mening dat een interne verhangning waarbij de koopsom wordt schuldig gebleven, niet resulteert in een (winst)uitdeling door de kopende partij. Art. 10a, lid 1 acht ik niet van toepasbaar op dergelijke situaties.²³⁵

Een situatie ex BNB 1996/3 (interne verhangning en interne lening) valt thans in beginsel onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b. In zo'n situatie bestaat mijns inziens wellicht de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. De doorstootverplichting zorgt immers normaliter voor heffing bij de dividendontvanger. Aan de toepassing van tegenbewijs in de casus van BNB 1996/3 wordt evenwel in beginsel niet toegekomen. In BNB 1996/3 zijn X bv (koper) en I bv (verkoper) namelijk niet aan te merken als verbonden lichamen. Geen van de aandeelhouders in beide vennootschappen heeft een belang groter dan $\frac{1}{3}$. Daarmee is de uitkomst van een casus ex thans BNB 1996/3 niet gewijzigd.

Het Plc-arrest BNB 1996/5 was voor de wetgever een belangrijke reden om de anti-winstdrainagewetgeving in te voeren. Met de invoering hiervan is de wetgever er mijns inziens in geslaagd de in zijn ogen nadelige uitkomst van BNB 1996/5 te neutraliseren. De casus valt namelijk onder art. 10a, lid 2, onderdeel b, terwijl het wettelijk tegenbewijs ex lid 3, onderdeel b niet van toepassing is. Er is immers sprake van de verrekening van andersoortige aanspraken, te weten de ACT.

In BNB 1996/6 oordeelde de Hoge Raad, dat er geen sprake was van *fraus legis*. Ook onder art. 10a blijft de rente in een situatie zoals in BNB 1996/6 aftrekbaar. Dit blijkt uit de opmerkingen van de wetgever in de MvT.²³⁶ Er is in zijn ogen in een dergelijke

234. Dit laatste deel van de visie van Snijders, inhoudende dat ter zake van het teveel uitgekeerde dividend een vordering van de kopende vennootschap op haar aandeelhouder ontstaat, valt buiten het bestek van dit onderzoek. Voor een nadere bespreking verwijs ik naar Paardekoper, W.J.G.; Beperking of uitbreiding van de belastinggrondslag? Reactie op het artikel van drs. H.P.W. Snijders in Weekblad 1998/7274, WFR 1998/950.

235. In gelijke zin Paardekoper, W.J.G.; Beperking of uitbreiding van de belastinggrondslag? Reactie op het artikel van drs. Snijders, H.P.W. in Weekblad 1998/7274, WFR 1998/950. Vergelijk ook Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 99-100.

236. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21: *'Voorts kan worden gedacht aan de situatie waarin sprake is van een lening verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde'*. Dit lijkt sterk op de situatie die voorlag in BNB 1996/6.

situatie namelijk sprake van zakelijke overwegingen vanwege de externe financiering.

6.7.1.2 *Effect antiwinstdrainagewetgeving op casus ex post winstdrainagearresten*

In paragraaf 6.2 zijn diverse arresten de revue gepasseerd die dateren van na de invoering van art. 10a, maar zijn gewezen voor jaren voor de invoering van art. 10a. Het is de vraag in hoeverre deze situaties nu zouden worden getroffen door toepassing van art. 10a. Situaties ex V-N 1997/3058 vallen naar mijn mening thans niet onder het bereik van art. 10a. Activa-passivatransacties vallen – mijns inziens terecht – namelijk niet onder het bereik van deze bepaling. Voortdurende en willekeurige verdeling van belastingheffing is namelijk in principe niet mogelijk.

Ook een situatie ex BNB 2001/398 valt nu niet onder het bereik van art. 10a. In casu ontbrak immers het verband tussen de lening, de dividenduitkering en de aankoop van de aandelen. Ik acht het ook terecht dat bij het ontbreken van een dergelijk verband *fraus legis* dan wel art. 10a niet aan de orde komt. Van misbruik is in zo'n situatie immers geen sprake. Ditzelfde geldt voor BNB 2005/169, waar het een externe acquisitie betrof. Opgemerkt zij wel dat bij externe acquisities, gevolgd door het opnemen van de verworven vennootschap in een fiscale eenheid, toepassing van art. 15ad aan de orde kan komen indien de acquisitie is gefinancierd met een interne lening.

Ten aanzien van tegenbewijs zijn twee interestante rechterlijke beslissingen gepubliceerd. De eerste betreft V-N 2002/23.17 inzake een interne verhänging. De rente die hiermee verband hield was volgens het Hof uiteindelijk aftrekbaar, (mede) omdat de corresponderende rentebaten tegen 15% in de Belgische heffing waren begrepen. Deze uitspraak is in het bijzonder interessant, aangezien het Hof zijn oordeel mede stoelt op de parlementaire geschiedenis van art. 10a.

Dienaangaande merkte het Hof het volgende op: 'Het Hof is van oordeel dat de belastingdruk van 15% in België, heeft te gelden als een belastingheffing die naar hier te lande geldende maatstaven als redelijk is aan te merken. In dit verband wijst het Hof naar de Memorie van toelichting, Tweede Kamer 24 696, blz. 21, vergaderjaar 1995-1996, waar, bij de behandeling van art. 10a van de Wet – kort samengevat – wordt opgemerkt dat tot uitgangspunt van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing mag worden beschouwd de daadwerkelijke onderworpenheid van het inkomen, die wat grondslag en tarief betreft, in overeenstemming is met de door de betreffende OESO-lidstaat gehanteerde gebruikelijke normen voor binnenlandse natuurlijke personen'.

In BNB 2002/118 oordeelde de Hoge Raad dat een heffing van ten minste 10% kwalificeerde als een redelijke heffing voor een financieringsmaatschappij. Dit arrest lijkt mij ook relevant voor situaties die vallen onder art. 10a. Opgemerkt zij wel dat de staatssecretaris getuige BNB 2002/241 (ingetrokken bij Besluit BNB 2006/90) strengere eisen stelt dan de Hoge Raad. Voor het intrekken van dit Besluit lag het overigens in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad in voorkomende gevallen eerder conform BNB 2002/118 zou oordelen dan conform BNB 2002/241. Wel is het de

vraag, hoe men moet aankijken tegen het afgeschafte/aflopende concernfinancieringsregime. Kan nu nog worden gezegd dat een heden ten dage aangegane financieringsverhouding met een Ierse IFSC een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing met zich brengt? Omdat een nieuwe art. 15b-beschikking niet meer zal worden afgegeven, acht ik het verdedigbaar te stellen dat dergelijke situaties niet (meer) kwalificeren als een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Toch verwacht ik – mede gelet op de ruime uitleg in BNB 2002/118 – dat de Hoge Raad ook in nieuwe situaties compenserende heffing aanwezig acht.²³⁷

6.7.1.3 Conclusie

Gelet op het voorgaande is de staatssecretaris voor een belangrijk deel geslaagd in zijn opzet. De meeste winstdrainagearresten die voor de invoering van de antiwinstdrainagewetgeving in het nadeel van de fiscus werden beslecht, zijn met de invoering van art. 10a overruled. De wijze waarop de wetgever zijn doelstelling heeft bereikt, verdient echter geen schoonheidsprijs. In de volgende paragrafen behandel ik kort enkele kritiekpunten op de antiwinstdrainagewetgeving.

6.7.2 Kanttekeningen bij antiwinstdrainagewetgeving

6.7.2.1 Geldlening

Bij de Nota navv gaf de wetgever aan, dat de invoering van wetgeving op het terrein van de winstdrainagejurisprudentie voor belastingplichtigen duidelijkheid en rechtszekerheid met zich zou brengen.²³⁸ Getuige mijn opmerkingen de vorige paragrafen is wetgever hierin niet geheel geslaagd. Het is immers niet zonder meer helder wat exact moet worden verstaan onder:

- indirect schuldig blijven;
- in overwegende mate zakelijke overwegingen;
- een belasting naar de winst of het inkomen die naar Nederlandse maatstaven redelijke is; of
- belang.

Nog een onduidelijkheid ontstaat doordat in art. 10a, lid 2 wordt gesproken van 'geldleningen'.²³⁹ Daarmee lijkt deze bepaling slechts van toepassing op leningen die in een geldbedrag denomineren. Leningen die denomineren in een andere eenheid zoals goud of aandelen, lijken niet onder dit artikel te vallen. De frase 'rechts dan wel in feite direct of indirect' biedt hiervoor mijns inziens geen uitkomst, aangezien deze frase ziet op de verschuldigdheid en niet op de hoedanigheid van de geldlening.

237. In dit verband wijs ik tevens op de in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' voorgestelde 'rente-box', die resulteert in een effectief tarief van 5% over het groepsrentesaldo, Voorstel van Wet, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 8-10.

238. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 7.

239. Onder een geldlening wordt in het BW verstaan: 'De schuld, uit leening van geld voortvloeiende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt', zie art. 7A:1793 BW.

Ik acht het onwaarschijnlijk dat de wetgever een dergelijke beperkte invulling heeft voorgestaan. Ratio en wettekst stemmen dus waarschijnlijk niet overeen.

De term geldlening komt voor in verschillende bepalingen in de vennootschapsbelasting. Naast art. 10a wijs ik ter illustratie op art. 8c, 10, 10b, 10d, art. 15ad etc. In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt dit begrip niet nader ingevuld. In de parlementaire behandeling van art. 10d is wel enige aandacht besteed aan de invulling van deze term. Een geldlening is volgens de wetgever een lening van geld. Verder gaf hij in dat verband aan dat niet elke in geld uitdrukte schuld een geldlening is. Zo is een belastingschuld geen geldlening.²⁴⁰ Verder worden tevens kortlopende crediteuren uitgesloten.²⁴¹ Ik meen dat dergelijke schulden ook dienen te worden uitgesloten van toepassing van art. 10a, waarbij ik direct opmerk dat dergelijke schulden normaliter niet zullen samenhangen met de in art. 10a genoemde besmette rechtshandelingen. Opvallend is dat de wetgever meent dat een financial-leasevordering – in ieder geval voor toepassing van art. 10d – niet kwalificeert als een geldvordering.²⁴² Dit brengt mijns inziens met zich dat financial-leaseverplichtingen niet moeten worden aangemerkt als geldlening. Nu dit voor toepassing van art. 10d geldt, zou dit voor toepassing van art. 10a niet anders moeten zijn. Hiermee lijkt de deur opengezet voor structuren die toepassing van art. 10a voorkomen door een geldlening om te vormen tot een financial-leaseverplichting. Hierbij valt te denken aan een interne verhangingsgefinancierd met een financial lease. Of een rechter een dergelijke structuur zal sanctioneren, valt mijns inziens niet op voorhand aan te geven.

Voor genoemde opmerking ten aanzien van financial lease moet eerst worden vertaald naar art. 10a. Mogelijk dient op dit punt het begrip geldlening in art. 10a anders te worden ingevuld dan in art. 10d. Ik acht dit overigens niet logisch. Voorts zij opgemerkt dat de staatssecretaris zijn opmerking ten aanzien van financial lease heeft gedaan in zijn hoedanigheid van wetgever, zodat hier in beginsel geen vertrouwen aan kan worden ontleend.

Rechtbank Breda staat in ieder geval een ruime uitleg voor van het begrip geldlening.²⁴³ In casu betrof het een verhangingsgefinancierd ex art. 10a, lid 2, onderdeel b tegen een schuld aan een natuurlijk persoon. In het jaar volgend (1999) op de verkoop tegen schuldigerkenning zet de koper/schuldenaar deze schuld om in een lijfrenteverplichting. Ten aanzien van de dotatie aan de lijfrenteverplichting in het jaar 2002 oordeelt de Rechtbank dat deze niet aftrekbaar is ingevolge art. 10a, lid 2, onderdeel b. De lijfrenteverplichting wordt gelijkgesteld met een geldlening.²⁴⁴

Dienaangaande overwoog de Rechtbank: *'Dat in casu geen sprake is van een civielrechtelijke geldlening, maar van een lijfrenteverplichting, doet naar het oordeel van de rechtbank aan de toe-*

240. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

241. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

242. Handelingen 9 december 2003, EK, 29 210, blz. 11-517.

243. Zie Rechtbank Breda, 23 december 2005, NTFR 2006/149.

244. Anders Armينو, G.L.N. & Puts, M.; Renteaftrekbeperkingen voor saldolijfrenten bij de BV?, WFR 2006/76.

passing van het tweede lid van artikel 10a Vpb niet af omdat uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling blijkt dat het de bedoeling van de wetgever juist is geweest om willekeurige uitholling van de heffingsgrondslag te voorkomen indien eigen vermogen wordt omgezet in vreemd vermogen, zonder dat daarvoor een bedrijfseconomische reden is aan te voeren. In casu is van dat laatste juist sprake. De rechtbank is dan ook van oordeel dat doel en strekking van het bepaalde in artikel 10a, tweede lid Vpb zouden worden miskend indien in de omstandigheden van dit geval voor de toepassing van die bepaling de lijfrenteverplichting en de daardoor opgeroepen kosten en lasten, zijnde het rente- en sterftewinstelement van de onderhavige dotatie, niet gelijk te stellen zouden zijn met de "renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen" ter zake van geldleningen'.

Voorts geeft de Rechtbank antwoord op de vraag in hoeverre de opmerkingen van de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van art. 10d kunnen worden gebruikt voor de invulling van art. 10a. Dienaangaande overweegt hij: 'Belanghebbende stelt dat op grond van de parlementaire geschiedenis van artikel 10d Vpb, waarin is te lezen dat onder het begrip "geldlening" niet is te begrijpen verplichtingen uit hoofde van verzekerings- en pensioenovereenkomsten, de conclusie gerechtvaardigd is dat ook in artikel 10a, tweede lid Vpb lijfrenteverplichtingen niet gelijkgesteld kunnen worden met "geldleningen". De rechtbank is evenwel van oordeel dat met de later ingevoerde regeling van art. 10d Vpb niet bedoeld is tevens invulling te geven aan het begrip "geldlening" van artikel 10a, tweede lid Vpb'.

Indien de uitspraak van Rechtbank Breda juist blijkt te zijn, betekent dit onder meer dat gelijke begrippen in dezelfde wet verschillend dienen te worden uitgelegd. Hoewel dit op zichzelf denkbaar is gelet op de verschillende achtergronden achter de bepalingen, gaat mijn voorkeur uit naar het gelijk uitleggen van gelijke begrippen en indien een andere invulling is vereist dit te doen door te kiezen voor een andere definiëring.

6.7.2.2 Garantstellingen

Het feit dat garantstellingen onder voorwaarden kunnen zorgen voor toepassing van art. 10a, brengt rechtsonzekerheid met zich. Een lening wordt slechts 'besmet' door een garantstelling, indien (en voor zover) de debiteur de lening niet zonder deze garantstelling had kunnen verkrijgen. Vanuit het oogpunt van de ratio van de regeling is deze benadering goed te begrijpen. Het zou anders immers relatief eenvoudig zijn de toepassing van art. 10a te ontwijken. Aan de andere kant zorgt deze benadering voor belastingplichtigen voor aanzienlijke uitvoeringskosten.²⁴⁵ Hierbij valt te denken aan kredietwaardigheidsonderzoek en bankverklaringen.

In situaties van garantstellingen kan voorts een probleem ontstaan bij het leveren van het tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel b, zie paragraaf 6.5.3.3. Allereerst is het de vraag bij wie de compenserende heffing moet plaatsvinden. Is dit het verbonden lichaam dat garant staat of moet worden gekeken naar de crediteur(en)? Het lijkt mij logisch om te kijken naar de daadwerkelijke crediteuren. De debiteur weet in

245. Vergelijk Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de rente-aftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

zo'n situatie lang niet altijd wie de crediteur(en) is (zijn) – denk aan obligaties aan toonder – laat staan dat hij inzicht heeft in de belastingpositie van zijn crediteur(en).²⁴⁶

Overigens is het de vraag in hoeverre de problematiek van garantstellingen nu daadwerkelijk leidt tot renteaftrekbeperking.²⁴⁷ De wetgever merkt in de MvT merkt aan als in overwegende mate zakelijke overwegingen, de situatie waarin aan belastingplichtige een lening is verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde.²⁴⁸ In het Besluit van 2 november 2001 merkt de staatssecretaris – in relatie tot art. 15, lid 5, onderdeel a (oud) – op, dat hij de situatie van een garantstelling aanmerkt als een situatie waarin de door belastingplichtige opgenomen lening voor de groep verbonden lichamen als geheel kan worden beschouwd als echte derdelening.²⁴⁹ Voor toepassing van art. 10a zou dit niet anders moeten zijn. Gelet op het voorgaande acht ik het logisch dat ook voor situaties ex art. 10a een op hoofdsom gegarandeerde lening opgenomen van een niet-verbonden lichaam kwalificeert als derdelening. Dit brengt mijns inziens mee dat belastingplichtige het vereiste tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel a levert.²⁵⁰

Tegen deze benadering kan worden ingebracht dat het voor de hand ligt dat de belastingplichtige in het voorbeeld in de MvT ook op eigen kracht direct van die derde had kunnen lenen.²⁵¹ Bij een garantie op hoofdsom is dit evident niet het geval. De belastingplichtige kan slechts lenen omdat een groepsmaatschappij garant staat. In zo'n situatie wordt voor de groep als geheel gezien uiteindelijk wel van een derde geleend, maar is het de vraag hoe de relatie tussen belastingplichtige en de borg moet worden gekwalificeerd. Deze relatie is mogelijk onzakelijk indien een derde niet bereid is een lening te verstrekken. Vergelijk in dit verband paragraaf 6.4.4, waar ik verdedigde dat de correctie moet worden gevonden in de garantievergoeding die kan oplopen tot het nominale bedrag van de lening. In dit licht is het minder opvallend

246. De opvatting van de wetgever dat *'Doordat voor de beperking van de rente-aftrek uit hoofde van artikel 10a de jurisprudentie als richtsnoer is genomen, zal er naar mijn oordeel in reële gevallen als regel geen sprake zijn van overgangsproblemen, zeker niet als rekening wordt gehouden met de in paragraaf 2.4 geschetste mogelijkheid van tegenbewijs'* acht ik derhalve te positief, Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 13.

247. Vergelijk Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183.

248. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21. Vergelijk in dit verband tevens het Besluit van 2 november 2001, CPP 2001/2359, BNB 2002/59 en V-N 2001/60.16, vraag 9. Dit Besluit is vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90 en vergelijk in dit verband de paragrafen 2.1.2 en 2.1.4.

249. Besluit van 2 november 2001, CPP 2001/2359, BNB 2002/59 en V-N 2001/60.16, vraag 7 (vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 2.1.4).

250. Met Marres ben ik van mening dat gezien het feit het tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel a, overeenstemt met het tegenbewijs ex art. 10a, lid 1, deze benadering ook geldt voor het eerste lid, vergelijk Marres, O.C.R.; Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183. Vergelijk voorts Krekel, L.H.; Gegarandeerde leningen van derden, gegarandeerd een groepslening?, WFR 2005/482.

251. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21.

dat de situatie van een garantie op hoofdsom wordt gelijkgesteld met die van een interne lening die door de groepscrediteur wordt gefinancierd met een externe lening. Overigens wekt deze benadering wel enige bevreemding in het licht van de parlementaire geschiedenis, alwaar garantstellingen rechtens dan wel in feite direct of indirect kunnen/konden leiden tot interne leningen.

6.7.2.3 Causaliteit

Mij is niet geheel helder wat exact moet worden verstaan onder 'in verband met' ex art. 10a, lid 2, aanhef.²⁵² De problematiek van het bestaan van een verband tussen een geldlening en een rechtshandeling is al bekend van art. 13, lid 1 (tekst tot 1 januari 2004). Uit jurisprudentie hierover blijkt dat de historische methode het uitgangspunt vormt bij het beantwoorden van deze causaliteitsvraag.²⁵³ Leidt deze methode niet tot een oplossing, dan kan de bedrijfseconomische methode uitkomst bieden. Deze methodes lijken ook bruikbaar voor art. 10a.²⁵⁴ De wetgever heeft wel aangegeven dat de invulling van 'verband' voor art. 10a en voor art. 13 niet identiek is.²⁵⁵ Een belangrijk verschil is dat art. 10a een verband eist tussen de lening en een rechtshandeling, terwijl het art. 13 een verband eist tussen de lening en het houden van een deelneming.²⁵⁶ Dit lijkt op het eerste gezicht te wijzen op een eenmalige toetsing voor toepassing van art. 10a en een continue toetsing voor art. 13. In de volgende paragraaf geef ik aan waarom ik meen dat ook voor toepassing van art. 10a permanente toetsing wenselijk en verdedigbaar is.

Volgens de MvT moet de vraag of er een verband bestaat tussen de geldlening en de in het tweede lid genoemde rechtshandelingen, worden beantwoord aan de hand van de feiten en omstandigheden.²⁵⁷ Het is niet noodzakelijk dat de geldlening gelijktijdig is aangegaan met de besmette rechtshandeling.²⁵⁸ Een latere herfinanciering kan derhalve toepassing van art. 10a (of art. 15ad) met zich brengen.²⁵⁹ Causaliteit kan ook aanwezig zijn indien de rechtshandeling plaatsvindt voordat de lening is aangegaan.²⁶⁰ Wel is een lang tijdsverloop tussen beide een belangrijke aanwijzing dat geen sprake is van een verband.²⁶¹ Een dergelijke beperkte uitleg van verband

252. Vergelijk Michielse G.M.M.; Wetsvoorstel uitholling belastinggrondslag. Een gemiste kans, FED 1996/1512 en Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449. Beiden verwachten dat de causaliteitsvraag zal leiden tot problemen.

253. In deze methode wordt nagegaan met welk doel de lening oorspronkelijk is aangegaan. Vergelijk bijvoorbeeld HR 17 november 1993, BNB 1994/274 en de aangehaalde jurisprudentie in de conclusie van A-G Van Soest.

254. Anders Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 75.

255. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43-44.

256. Vergelijk Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 75 en tevens Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225.

257. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 18.

258. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43.

259. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 44.

260. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 18.

261. Vergelijk MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 18.

acht ik noodzakelijk om te voorkomen dat de rente van een op te nemen lening niet aftrekbaar is, omdat er in een grijs verleden dividend is uitgekeerd. Strikt genomen houden de dividenduitkering en de lening immers verband omdat zonder de eerdere dividenduitkering nu wellicht geen lening hoeft te worden opgenomen.²⁶² Een te beperkte uitleg zet evenwel weer de deur naar misbruik open, wat evenmin de bedoeling van de regeling is.²⁶³

Uit HR 8 oktober 2004, BNB 2005/51 leid ik af dat 'verband' tamelijk beperkt dient te worden uitgelegd.²⁶⁴ Albert is het niet eens met de opvatting van het Hof, namelijk dat het relevant is of X bv ook na de winstuitkering nog op eigen kracht een lening had kunnen krijgen bij een bank. Zijns inziens is slechts van belang of X bv de verbouwing nog met eigen vermogen zou kunnen financieren na de winstuitkering.²⁶⁵ Deze opvatting deel ik niet. Van belang is na te gaan of er (een direct causaal) verband bestaat tussen de dividenduitkering en de geldlening. Het is dan voldoende dat op het moment van de dividenduitkering nog niet vaststond dat X bv de gelden weer zou teruglenen van de stichting. Dat door X bv zelfstandig kan worden geleend bij de bank is daarvoor een (belangrijke) aanwijzing. Ook het gegeven dat X bv regelmatig zelf gelden opneemt van de bank is zo'n aanwijzing. Ik kan mij daarom wel vinden in de uitkomst van BNB 2005/51. Hetzelfde geldt voor HR 17 juni 2005, BNB 2005/304. Ook in deze procedure – waar de toepasselijkheid van art. 10a, lid 2, onderdeel c in het geding was – oordeelde de Hoge Raad dat renteaftrekbeperking niet aan de orde kwam omdat er geen verband was tussen de kapitaalstorting en de lening.²⁶⁶

262. Vergelijk Daniels, A.H.M.; Uitholling and fiscale infrastructuur, WFR 1996/1493.

263. De door Meijer verdedigde visie, dat art. 10a slechts toepassing dient te vinden indien een besmette transactie rechtstreeks veroorzaakt dat besmette rentelasten worden verschuldigd, acht ik dan ook niet juist, Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 75. Overigens merkt Meijer zelf nog op dat zijn conclusie niet in lijn lijkt te zijn met de ratio van art. 10a.

264. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat er onvoldoende verband bestond tussen een dividenduitkering van een vennootschap aan een (niet-belastingplichtige) stichting en een lening die later door de (dochter van) deze vennootschap werd opgenomen bij de stichting. Hof en Hoge Raad achtten het niet aannemelijk dat op het moment waarop de AVA een besluit nam tot uitkering van het interimdividend al vaststond dat een latere investering geheel zou worden gefinancierd door de stichting.

265. Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 60.

266. Kort samengevat betrof het de volgende casus. Belanghebbende (X bv) stortte in 1998 kapitaal in H nv (een in België gevestigd coördinatiecentrum). In 1989 nam X bv bij haar moeder (I SA) een lening op in verband met de aankoop van de aandelen J bv. In de jaren 1990-1992 nam X bv een lening op bij H bv teneinde haar schuld aan I SA af te lossen. Op grond van een art. 10a, lid 2, onderdeel c beperkte de inspecteur rente in aftrek. De Hoge Raad casseert Hof Arnhem en overweegt: *'Vast staat dat de lening van I SA aan belanghebbende is verstrekt in verband met de financiering van de aankoop door belanghebbende van de aandelen in J en voorts dat de van H geleende bedragen zijn aangewend om die schuld aan I SA af te lossen. Hiervan uitgaande kan, reeds omdat belanghebbende ten tijde van het verrichten van de kapitaalstorting in H nog niet het voornemen had de aandelen in J te verwerven, geen andere gevolgtrekking worden gemaakt dan dat de onderhavige geldleningen geen verband houden in de zin van artikel 10a, lid 2, letter c, van de Wet met de onder 3.1.2 bedoelde kapitaalstorting door belanghebbende in H'.*

Meussen merkt in zijn noot onder BNB 2005/51 op, dat naar aanleiding van de uitkomst van dit arrest mogelijk verdergaande aanscherping van art. 10a zal volgen.²⁶⁷ Inmiddels heeft de wetgever een aanscherping voorgesteld in het wetsvoorstel 'Werken aan winst', zie hiervoor paragraaf 6.11.3.2. Hierbij refereert hij overigens expliciet naar BNB 2005/304. Naar mijn mening brengt deze wijziging wel een additioneel risico van overkill met zich.

Verder merk ik met Meussen op dat de aanwezigheid van een causaal verband geen absoluut vereiste is voor de toepassing van art. 10a, maar dat het ontbreken daarvan de bewijspositie van de fiscus aanzienlijk verslechtert.²⁶⁸ De aanwezigheid van een verband is voldoende. Overigens is de scheidslijn tussen causaal verband en verband niet altijd eenvoudig te geven.

Ter illustratie het volgende voorbeeld.²⁶⁹ M bv houdt een vordering op haar dochter D1 bv. D1 bv heeft deze schuld in verband met de aankoop in 1998 van 50% van de aandelen X bv van een derde. In 2003 richt M bv D2 Ltd op, gevestigd in een tax haven. M bv stort haar vordering op D1 bv op de aandelen D2 Ltd. De vraag is of D1 na 2003 de rentebetalingen aan D2 Ltd ten laste van haar winst kan brengen. Met Albert ben ik van mening dat een dergelijke situatie niet valt onder het bereik van art. 10a (in het bijzonder 10a, lid 2, onderdeel c), aange-

267. In dit verband wijs ik voorts op de volgende opmerkingen van Daniels in zijn noot onder BNB 2005/304: *'De invulling die de Hoge Raad geeft aan het criterium "in verband met" in art. 10a, tweede lid, onderdeel c, laat toe om financiële middelen te accumuleren in een buitenlandse deelneming. Zodra zich een financieringsbehoefte voordoet, kunnen die middelen naar boven worden gehaald door middel van een "upstream loan"; mits er bij de kapitaalstorting in de schuldeiser nog geen concreet voornemen bestond bij de schuldenaar om een investering aan te gaan die de financieringsbehoefte veroorzaakt. Dat is een engere uitleg van "in verband met" dan de toepassing van de historische methode. Bij de historische methode is een "volg de kasstroom"-benadering voldoende om een verband aan te nemen tussen een rechtshandeling en een investering (vgl. HR 21 september 1994, nr. 29 696, BNB 1995/71 met noot van E. Aardema). Hoewel er in de parlementaire historie wel aanknopingspunten zijn te vinden voor de benadering dat het moet gaan om het teruglenen van kapitaalstortingen, kan niet ontkend worden dat de wetgever nu juist een ruimer verband bedoelde dan het bekende historische verband. Maar anderzijds is het ook zo dat de wetgever de nadere wettelijke omschrijving van "in verband met" doelbewust achterwege heeft gelaten en zo de ruimte voor de rechter laat om op basis van alle feiten en omstandigheden te beslissen'*.

268. Onder causaal verband kan worden verstaan de situatie waarin een dividenduitkering heeft plaatsgevonden met de bedoeling de gelden direct weer terug te lenen, vergelijk Meussen onder BNB 2005/51. Vergelijk voorts Meijer die spreekt van een direct oorzakelijk verband, Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 75.

269. Ontleend aan Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 62. Vergelijk voorts het voorbeeld van Albert op blz. 87 en zijn voorbeeld op blz. 88. Albert merkt op dat art. 10a, lid 2, onderdeel a geen toepassing kan vinden indien een kleindochter leent van een grootmoeder en hiermee dividend uitkeert aan haar moeder, terwijl de moeder en de kleindochter vervolgens deel gaan uitmaken van een fiscale eenheid. Zijn →

zien er geen sprake is van een verband tussen de kapitaalstorting en de lening.²⁷⁰ Indien er evenwel een fiscale eenheid bestaat tussen M bv en D1 bv, lijken de kaarten anders te liggen. Dan lijkt art. 10a, lid 1 van toepassing te zijn: een schuldig gebleven kapitaalstorting. Vergelijk in dit verband Hof Amsterdam 9 mei 2001, V-N 2001/39.16 (gewezen voor het tot 2003 geldende regime fiscale eenheid). Voor het huidige regime fiscale eenheid is dit mijns inziens niet anders.²⁷¹ De werkzaamheden en het vermogen van D1 bv worden immers toegerekend aan M bv. Hierdoor is M bv materieel degene die de het kapitaal stort en die een schuld heeft aan D2 Ltd.

Een dergelijke uitkomst acht ik wel onredelijk; de fiscale eenheid zou geen roet in het eten mogen gooien.²⁷² Indien immers op het moment van de storting geen en later wel een fiscale eenheid zou bestaan, lijkt de uitkomst anders te zijn. Mijns inziens brengt de fiscale eenheid willekeur met zich en interfereert het art. 15 hier op een oneigenlijke wijze met art. 10a. Van winstdrainage is vanwege het ontbreken van het verband tussen de geldlening en de kapitaalstorting getuige art. 10a, lid 2 namelijk geen sprake. Indien de fiscale eenheid wordt verbro-

→ motivatie is dat de lening geen verband houdt met een dividenduitkering vanuit het gezichtspunt van de moeder. Ik sluit evenwel niet uit dat in zo'n situatie (na ontvoeging) belang moet worden gehecht aan het historische verband tussen de geldlening en de dividenduitkering. Ik acht het zelfs niet volledig uitgesloten, dat indien KD een geldlening aangaat bij GM – om binnen fiscale eenheid met M – dividend uit te keren aan M, art. 10a, lid 2, onderdeel a toepassing vindt. Getuige art. 10a, lid 4, onderdeel d kwalificeert een lichaam (KD) dat met de belastingplichtige (M) deel uitmaakt van een fiscale eenheid namelijk als verbonden lichaam. Lid 2, onderdeel a eist een lening aan een verbonden lichaam lening van KD (dus van M, de belastingplichtige) aan GM die verband houdt met een winstuitdeling aan een verbonden lichaam. Aan beide voorwaarden is voldaan, zodat art. 10a, lid 2, onderdeel a mogelijk de rente in aftrek beperkt, vergelijk Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 96. Het lijkt in zo'n situatie evenwel logischer dat art. 10a, lid 2 geen toepassing vindt, vergelijk Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 201-202. Van M en KD wordt ingevolge art. 15 namelijk belasting geheven alsof er een belastingplichtige is, in de zin dat de werkzaamheden en het vermogen van KD deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van M. Bovendien vindt er in voornoemde situatie geen winstdrainage plaats, zelfs niet als wordt geleend van een lichaam dat is gevestigd in een tax haven. Tegenover het aangaan van de lening staat dat daadwerkelijk gelden ter beschikking staan aan KD (of fiscaal gezien de fiscale eenheid M). Als de gelden vervolgens als dividenden worden uitgekeerd aan de GM treedt in beginsel art. 10a, lid 1 in vergelijk Albert (blz. 91) en Kok (blz. 198).

270. Anders Van Gennip in zijn noot onder Hof Amsterdam 9 mei 2001, FED 2001/493.

271. Vergelijk redactie van V-N 2001/39.16. Vergelijk voorts Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 201.

272. Mogelijk dat toepasselijkheid van art. 10a kan worden afgewend met een beroep op het tegenbewijs van de zakelijke overwegingen. Van winstdrainage/oneigenlijk gebruik lijkt namelijk geen sprake.

ken, acht ik het verdedigbaar dat art. 10a, lid 1 niet langer toepassing vindt.²⁷³ Anders dan Albert en het Hof Amsterdam zie ik echter nog kleine kans om art. 10a, lid 1 in casu niet van toepassing te verklaren. Hiervoor acht ik evenwel een ander gezichtspunt noodzakelijk. Indien namelijk niet vanuit het oogpunt van M bv en D1 bv naar de problematiek wordt gekeken maar vanuit het oogpunt van de rechthebbende (D2 Ltd), ziet een en ander er heel anders uit. De rechthebbende ziet namelijk geen schuldig gebleven kapitaalstorting maar een kapitaalstorting in de vorm van een vordering. Een fiscale eenheid heeft immers geen derdewerking. Dit is mijns inziens tevens de enige juiste civielrechtelijke en bedrijfseconomische wijze om hier tegenaan te kijken. Het Hof bekijkt de situatie evenwel (logischerwijs) uit het oogpunt van de schuldenaar: *'Voor de beantwoording van de vraag of belanghebbende het bedrag van f 1.500.000 aan J BV (de rechthebbende op de Antillen, JvS) is schuldig gebleven, dient derhalve te worden uitgegaan van de geconsolideerde balans van belanghebbende (moeder van de fiscale eenheid), G BV (de schuldenaar) en I BV. Het systeem van de fiscale eenheid brengt mee dat op deze balans de vordering van belanghebbende op G BV en de daarmee corresponderende schuld van G BV aan belanghebbende niet voorkomen. Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat belanghebbende geen activum ter waarde van f 1.500.000 heeft ingebracht ter storting op het kapitaal van J BV, maar dat zij dit bedrag schuldig is gebleven'*. Mijn benadering filtert evenwel de willekeur weg die ontstaat door art. 15. Ik acht het daarom spijtig dat de Hoge Raad zich niet over deze problematiek heeft kunnen uitlaten, omdat belanghebbende geen cassatie heeft aangevraagd.

6.7.2.4 Besmetting en ontsmetting

In de vorige paragraaf kwam de vraag aan de orde of besmetting van een lening kan optreden door voeging of ontvoeging. In deze paragraaf ga ik beknopt in op de mogelijkheden van besmetting en ontsmetting.

Bij een continue toetsing van een lening en een rechtshandeling aan art. 10a worden de volgende vier situaties onderscheiden:

1. wijziging van het doel van de financiering;
2. wijziging van de financiering/financierder;
3. wijziging in verbondenheid; en
4. voeging in of ontvoeging uit een fiscale eenheid.²⁷⁴

Ad 1: Wijziging doel financiering

De wijziging van het doel van de financiering (een vervangend activum) kan zich niet voordoen ten aanzien van situaties ex lid 1. Immers, de schuldigerkenning staat niet tegenover een geldlening maar tegenover een dividenduitkering o.i.d. Een verband met een activum ontbreekt zodat ook geen ontsmetting kan plaatsvinden door een

273. Vergelijk Van Gennep in zijn noot onder FED 2001/493. Anders Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 201. Kok wijst er op dat de lening besmet is bij een verbreking van de fiscale eenheid vanwege art. 15aj, lid 5. Het is mijns inziens de vraag of art. 15aj, lid 5 zover reikt of zou moeten reiken. Deze bepaling is namelijk een antimisbruikbepaling – vergelijk Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 365 – en in casu is er geen sprake van misbruik/claimverlies.

274. Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 63.

ander activum. Slechts een cessie van de vordering kan ontsmetting met zich brengen, zie hierna.²⁷⁵ Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor situaties als in lid 2, onderdeel a. Bij situaties ex lid 2, onderdeel b is dit anders. Daar staat tegenover de schuld een bezit; verworven aandelen, volgestort kapitaal, een hybride lening etc. Indien deze bezittingen verdwijnen – bijvoorbeeld door verkoop, inkoop of terugbetaling of aflossing – is het mogelijk dat de schuld nog blijft bestaan en de vrijgekomen gelden worden aangewend voor de financiering van een ander activum. Indien het een niet in art. 10a genoemd activum betreft, is mijns inziens de besmetting van de schuld opgeheven en is de rente in beginsel weer aftrekbaar.²⁷⁶ Interessant is nog het antwoord op de vraag hoe moet worden omgegaan met een restschuld: de schuld die overblijft nadat de besmette deelneming met verlies is verkocht.²⁷⁷ Naar de letter van de wet blijft deze schuld besmet en blijft de rente niet aftrekbaar. Een dergelijke benadering acht ik evenwel in strijd met de ratio. Bij het vervangen van een besmet activum door een niet besmet activum vervalt mijns inziens de besmetting. Nu wordt het besmette activum vervangen door een lagere opbrengst dan de aankoop-prijs plus een daadwerkelijk geleden verlies (ter grootte van het verschil tussen de aankoop- en verkoopprijs). Derhalve ben ik van mening dat dienaangaande niet de mogelijkheid bestaat voortdurend en naar willekeur rentelasten op te roepen, zodat art. 10a, lid 2, onderdeel b na de verkoop niet langer toepassing zou moeten vinden op de restschuld.²⁷⁸

Een besmetting van een lening ex art. 10a, lid 2, onderdeel c is onafhankelijk van het activum dat met de lening wordt gefinancierd maar wel afhankelijk van het feit dat de crediteur in staat is gesteld de lening te verstrekken. Met Marres ben ik daarom van mening dat het ontsmetten van een lening ex art. 10a, lid 2, onderdeel c moet worden gezocht in de sfeer van het terugbetalen van het kapitaal dat is gestort, het dividend dat is uitgekeerd etc.²⁷⁹ Na zo'n terugbetaling acht ik het rechtvaardig dat de renteaftrekbepaling niet langer toepassing vindt. Wel is een dynamische interpretatie vereist.

Ad 2: Wijziging van crediteur

Ik ga uit van de situatie van een door D bv aan haar moeder M bv schuldig gebleven dividenduitkering. M bv en D bv maken geen deel uit van een fiscale eenheid. Het vervreemden door M bv van de (dividend)vordering aan een derde, leidt mijns inziens tot ontsmetting van de lening op het niveau van D bv. Er is immers geen dividend meer schuldig erkend aan de rechthebbende. Wel is een dynamische invulling vereist. De staatssecretaris meent – mijns inziens ten onrechte – dat in zo'n situatie

275. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225.

276. Zie verder nog Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 voor enkele uitzonderingen op deze hoofdregel.

277. Vergelijk Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 148.

278. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 148.

279. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 136.

geen ontsmetting optreedt.²⁸⁰ De redactie van Vakstudie-Nieuws vindt het antwoord van de staatssecretaris logisch²⁸¹. Ik kan de logica evenwel niet geheel inzien. Indien D bv al bij aanvang zelfstandig had geleend bij een bank (zonder garantie) en de dividenden had uitgekeerd aan M bv, zouden lid 1 en lid 2 niet van toepassing zijn geweest. Met het cederen van de vordering wordt een hiermee vergelijkbare situatie bereikt. Van winstdrainage is in mijn ogen geen sprake. Anders dan de redactie van Vakstudie-Nieuws acht ik beperking van renteaftrek in zo'n situatie noch logisch, noch rechtvaardig. Indien de schuld wordt overgenomen door een verbonden lichaam blijft de lening namelijk wel besmet, hetzij door lid 1, hetzij door lid 2, onderdeel a, omdat er een verband bestaat tussen de geldlening en de dividenduitkering. Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen. De situatie waarin bijvoorbeeld een bank een onbesmette lening verband houdende met een dividenduitkering (ex art. 3:94 BW) cedeert aan M bv treedt er mogelijk besmetting op. Er is weliswaar geen sprake van een echte schuldigerkenning, maar materieel komt de eindsituatie daar wel op neer. Mogelijk kan worden gezegd dat hier sprake is van een in feite schuldig gebleven dividenduitkering, in het bijzonder als de bank slechts tijdelijk is tussen geschoven met het oog op de ontwijking van art. 10a.²⁸² Hier valt tegenin te brengen dat art. 10a een antimisbruikbepaling is, die naar haar aard beperkt moet worden uitgelegd.²⁸³

Ad 3: Wijzigingen in verbondenheid

Denkbaar is dat na de besmette rechtshandeling een verband tussen de crediteur en belastingplichtige verdwijnt. Indien dit verband wordt verbroken, is voor toepassing van lid 2 mijns inziens in beginsel sprake van een ontsmetting. Er is immers niet langer sprake van een lening die is verschuldigd aan een verbonden lichaam. Indien evenwel het crediteurrisico blijft rusten bij een verbonden lichaam, bijvoorbeeld indien sprake is van een garantstelling of een back-to-backsituatie, is mijns inziens geen sprake van ontsmetting.²⁸⁴ Voorts is het voorstelbaar dat er niet langer sprake is van verbondenheid tussen de belastingplichtige en het besmette activum (bijvoor-

280. Dienaangaande merkt hij namelijk het volgende op: 'Indien rente op een schuld onder de werking van artikel 10a, eerste lid, van de Wet valt, geldt dat de enkele vervanging van de ene schuldeiser door de andere, niet zonder meer betekent dat de rentebetaling aan de andere schuldeiser niet (meer) onder artikel 10a, eerste lid, valt. Er is dan nog steeds sprake van een niet aftrekbare rente terzake van aan de rechthebbende – rechtens dan wel in feite indirect – schuldig gebleven winstuitdeling, teruggaaf van gestort kapitaal, kapitaalstorting etc.', Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 1.3.

281. 'Wat de vragen en antwoorden met betrekking tot art. 10a Wet Vpb. 1969 betreft, geeft het antwoord op de derde vraag ons voorzover het de schuld aan de aandeelhouder (X) betreft, geen aanleiding tot commentaar. Wij vinden het logisch dat vervanging van de ene schuldeiser door de andere het verband tussen de rentebetaling en de schuldig gebleven teruggaaf van gestort kapitaal of dividenduitkering niet wijzigt', redactie V-N bij Besluit van 2 november 2001, nr. CPP2001/2359, V-N 2001/60.16 (thans Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90).

282. Anders Ligthart, N.M.; De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969, TFO 2003/174.

283. Vergelijk Schramande, W.P.J. in Cabell, N.M. & Nielke, S.F.M.; Verslag fiscale conferentie 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting', WFR 1997/1858.

284. Zie uitgebreider Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 63-70.

beeld in een situatie ex art. 10a, lid 2, onderdeel b) anders dan door middel van een vervreemding. Hierbij valt te denken aan de verwatering van een pakket. Marres schetst verschillende benaderingswijzen om deze problematiek te tackelen.²⁸⁵ De benadering dat er verbondenheid dient te bestaan op het moment van verwerving en op het moment waarop de rente is verschuldigd spreekt hem het meest aan. Hij verdedigt deze keuze aan de hand van het motiefargument. Ik ben echter van mening dat een latere verwatering niet afdoet aan het motief van de interne verhangning in combinatie met de interne lening.²⁸⁶ De verwatering doet mijns inziens evenmin af aan het uitgangspunt dat voortdurende en willekeurige belastingverijdeling mogelijk blijft. Situaties van verwatering leiden dan ook niet tot ontsmetting.

Ad 4: Voeging en ontvoeging

Naar mijn mening hebben ook voeging en ontvoeging consequenties voor de toepasselijkheid van art. 10a. Indien binnen een fiscale eenheid een dividend schuldig wordt gebleven, is art. 10a niet van toepassing. De vordering-schuldverhouding is immers fiscaal non-existent. Bij verbreking van de fiscale eenheid komen vordering en schuld (weer) 'tot leven' en wordt in beginsel de rente in aftrek beperkt ingevolge art. 10a, lid 1.²⁸⁷ Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor een kapitaalstorting, met dien verstande dat dan ook art. 15ad relevant wordt.²⁸⁸ Indien na een interne verhangning de overnemende partij en overgenomen partij gaan behoren tot dezelfde fiscale eenheid terwijl de lening is verschuldigd aan een verbonden maar niet gevoegde partij, dan rijst de vraag of art. 10a, lid 2, onderdeel b toepassing kan vinden. Deze vraag beantwoord ik bevestigend. De besmetting wordt niet afgeschud, ook al bestaat er vanuit de debiteur geen formeel verband meer tussen de lening en de aandelen, maar tussen de lening en de activa en passiva van de vennootschap waarin hij een belang houdt.^{289, 290} Marres wijst in dit verband mijns inziens terecht op onder

285. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 137.

286. Bij de interne verhangning van belangen kleiner dan 33 1/3% is het mijns inziens namelijk denkbaar dat *fraus legis* toepassing vindt, vergelijk paragraaf 6.10.

287. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 63-64. Anders Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 195-205. Kok is ook van mening dat rechtshandelingen binnen fiscale eenheid niet tot toepasselijkheid van art. 10a kunnen leiden. Hij meent evenwel dat het verbreken van een fiscale eenheid later niet alsnog tot toepassing van art. 10a kan leiden.

288. Vergelijk in dit verband tevens Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 175.

289. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 27-28. Vergelijk Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 135. Zie voor een uitgebreider overzicht van de gevolgen van voeging en ontvoeging voor de toepasselijkheid van art. 10a. Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 86-96 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 187-205. Beiden besteden ook aandacht aan de gevolgen van juridische fusie en splitsing, bedrijfsfusie en aandelenfusie. Hierbij passeren onder meer art. 13i, lid 1, onderdeel b, art. 13j, lid 3 en 13k, lid 3 de revue.

290. Voor juridische (zuivere) splitsing en een juridische fusie geldt mijns inziens mutatis mutandis hetzelfde, vergelijk in dit verband MvT, TK, 1997-1998, 25 709, blz. 13 en blz. 17.

meer de winstdrainagejurisprudentie waarin de interne verhangingsveelal werd gevolgd door een voeging in de fiscale eenheid.²⁹¹ Hij wijst voorts op de letterlijke tekst van art. 10a, lid 2, onderdeel b. Het al te zeer aanhaken bij de letterlijke wettekst zou evenwel met zich brengen, dat geen ontsmetting optreedt bij een verkoop van een besmet belang waarbij de vrijgekomen gelden worden gebruikt voor de financiering van een niet besmet activum.²⁹²

Voorts laat zich de vraag stellen of art. 10a niet toch van toepassing kan zijn binnen een fiscale eenheid op het moment dat D bv beschikt over voorvoegingsverliezen. In zo'n situatie is immers winstplitsing aan de orde, zodat onderlinge vorderingen en schulden wel zijn waar te nemen. Onderlinge rentebetalingen zijn in een dergelijk geval ook van belang.²⁹³ De toepassing van art. 10a zorgt ervoor dat in een dergelijk geval de som van de afzonderlijke resultaten hoger uitvalt dan het combinatieresultaat.

Getuige art. 15ah, lid 3 is dat niet mogelijk 'voor zover bij de berekening van de aan de ene maatschappij toe te rekenen winst positieve voordelen tot uitdrukking komen en ten belope van het hetzelfde bedrag bij de berekening van de aan de andere maatschappij toe te rekenen winst negatieve voordelen staan'.²⁹⁴

Dit betekent dat art. 10a in zo'n situatie mijns inziens niet van toepassing kan zijn.²⁹⁵

De conclusie van deze paragraaf is dat door de ingewikkelde formulering van art. 10a niet zonder meer duidelijk is door welke rechtshandelingen besmetting dan wel ontsmetting van leningen kunnen ontstaan. Het is duidelijkheid dat dit de rechtszekerheid voor belastingplichtigen niet ten goede komt.

6.7.2.5 Dubbele heffing en overkill

Dubbele heffing

Een belangrijk kritiekpunt is dat de renteaftrekbeperkende maatregelen zoals geformuleerd in art. 10a economisch dubbele heffing met zich brengen. Weliswaar vindt beperking van renteaftrek toepassing indien sprake is van compenserende heffing,

291. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 135.

292. Ook Marres is van mening dat in zo'n situatie ontsmetting optreedt, omdat een nieuw verband ontstaat tussen de oude lening en het nieuwe activum, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 133.

293. Zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1985, BNB 1986/44 en thans art. 15ah, lid 3.

294. Voor het oude regime fiscale eenheid gold hetzelfde ingevolge SVW 3a.

295. Zo ook (voor het oude regime fiscale eenheid) Schramande, W.P.J. in Cabell, N.M. & Niel, S.F.M.; Verslag fiscale conferentie 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting', WFR 1997/1858. Onder de inmiddels verstreken overgangsregeling kon art. 10a mijns inziens wel toepassing vinden, aangezien indien bij de debiteur de rente niet aftrekbaar was de crediteur evenmin werd belast voor de ontvangen rentebaten. Zodoende viel de som van afzonderlijke resultaten niet hoger uit dan het combinatieresultaat.

dit neemt niet weg dat dubbele heffing kan optreden in verliessituaties. Voorts vindt dubbele heffing plaats indien bij de crediteur wel heffing plaatsvindt maar deze niet voldoende is om tegenbewijs te kunnen leveren. De compenserende heffing is wat betreft het tarief namelijk een 'alles of niets-toets' en geen 'voor zo-vertoets'. Dit blijkt mijns inziens uit de bewoordingen van art. 10a, lid 3. Voor *fraus legis* geldt dienaangaande hetzelfde, vergelijk HR 23 januari 2004, BNB 2004/142.²⁹⁶

In BNB 2004/142 overwoog de Hoge Raad – in afwijking van de conclusie van A-G Wattel²⁹⁷ – als volgt: *'Indien op de Nederlandse Antillen van de moedermaatschappij belasting wordt geheven over de ontvangen rente, komt zulks, zoals uit het hiérvóór in 3.2 overwogene volgt, niet in mindering op de Nederlandse heffingsbevoegdheid ten aanzien van belanghebbende. (...) Dit beginsel (evenredigheidsbeginsel, JvS) verzet zich er anderzijds ook niet tegen dat de bestrijding van ontduiking van Nederlandse belasting zich richt op het wegnemen van het volledige effect van de belastingontduiking voor de Nederlandse belastingheffing.'*²⁹⁸

Het is de vraag of deze 'alles of niets-toets' in overeenstemming is met EU-recht, zie hiervoor ook paragraaf 6.7.3.

Dubbele heffing doet zich met name voor in situaties ex lid 1, aangezien daar het tegenbewijs betreffende compenserende heffing verhoudingsgewijs streng is, getuige het Besluit BNB 2006/90 (punt 1.5). Deze mogelijkheid tot tegenbewijs is bovendien pas kenbaar gemaakt in het Besluit van 6 augustus 2002, nr. CPP2002/737, BNB 2002/389. Uit de parlementaire geschiedenis viel deze invulling van het begrip 'zakelijke overwegingen' bovendien geenszins op te maken.²⁹⁹

Daarbij bood de inmiddels verstreken overgangsregeling gedurende twee jaar slechts soelaas in binnenlandse situaties, aangezien deze aangrijpt bij de crediteur.³⁰⁰ Voor buitenlandse situaties had art. 10a derhalve ook materieel directe wer-

296. Thans zou deze casus overigens onder het bereik van art. 10a, lid 1 vallen.

297. In punt 6.9 merkt Wattel het volgende op: *'Ik meen dat – ook wanneer het EG-recht niet aan volledige weigering van renteaftrek in de weg zou staan – de uitsluiting van de renteaftrek op grond van het evenredigheidsbeginsel beperkt moet worden tot (100% – 8,57% =) 91,43% van de in 1994 na emigratie van moeder betaalde rente. 8,57% van de betaalde rente blijft aftrekbaar ter imputatie van de door de frauslegiaanse handelingen opgeroepen Antilliaanse belasting'*.

298. Voor kritiek op BNB zie Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 230. Marres meent dat de volledige aftrekweigering niet evenredig is, indien er wordt geheven bij de crediteur. Anders Bruijsten, C.; Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van *fraus legis*?, WFR 2004/1150, *'Bovendien zou het opzetten van een leningsconstructie met de bedoeling om de Nederlandse heffing te frustreren dan een loterij zonder nieten worden: de heffing van 34,5% heeft de belastingplichtige toch al te pakken en het kan alleen maar minder worden'*. Bruijsten onderschrijft derhalve de door de Hoge Raad in BNB 2004/142 gekozen benadering.

299. Vergelijk Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696 blz. 7: *'Het gaat mij echter te ver om in de situaties waarop artikel 10a, eerste lid, ziet rente-aftrek alleen al te accepteren omdat in een ander land een redelijke belasting wordt geheven'*.

300. De tegemoetkoming was overigens evenmin aan de orde indien de crediteur niet was onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting, bijvoorbeeld een niet nijvere stichting.

king, zelfs als het een al lang bestaande situatie betrof.³⁰¹ Het is zeker niet ondenkbaar dat art. 10a – en dan in het bijzonder de tegenbewijsregeling – op dit punt in strijd is met EU-recht.³⁰² Art. 10a valt geenszins aan te merken als louter een codificatie van jurisprudentie van de Hoge Raad.³⁰³ De breuk van deze nieuwe regeling met het oude recht is voorts aanzienlijk en de toepassing van dit nieuwe artikel schendt bovendien gerechtvaardigde belangen die zijn ontstaan door posities die zijn ingenomen onder de oude regeling en die niet of nauwelijks meer kunnen worden veranderd.³⁰⁴ Een bredere overgangsregeling ook voor buitenlandse situaties was mijns inziens op zijn plaats geweest en zou eveneens in lijn zijn geweest met EU-recht.

Invulling verbondenheid

Een ander punt dat tot mogelijk tot overkill leidt, is de invulling van het begrip verbondenheid. Er is al sprake van een verbonden lichaam bij een belang van 33 1/3 %. In de regel zal er in dergelijke situaties geen sprake zijn van doorslaggevende zeggenschap. Daarmee is deze grens mijns inziens arbitrair.

Van der Geld merkt dienaangaande het volgende op: *'Enige motivering waarom de grens bij 33 1/3 procent is getrokken ontbreekt. Dit kwantitatieve criterium is bekend van o.a. de aanmerkelijk-belangregeling en is daar even arbitrair. Of men deze kwantitatieve grens juist vindt, hangt af van het antwoord op de vraag waarom van het concernbegrip gebruik wordt gemaakt. Indien het belang-element de reden is, dan is binnen redelijke marges elke kwantitatieve grens even pleitbaar als de andere. Definieert met het concern vanuit de gedachte dat het machts-element wezenlijk is, dan is een 50%-grens logischer dan de nu gehanteerde 33 1/3%-grens'.* Verder geeft Van der Geld aan dat hij het verbondenheidscriterium erg ruim acht, gelet op het vergaande karakter van bepalingen waarbij de het begrip verbonden lichaam een rol speelt.³⁰⁵

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 10a en art. 15, lid 4 blijkt dat het voor een belangrijk deel gaat om het bestrijden van renteaftrekstructuren binnen concerns.³⁰⁶

Zonder volledigheid te pretenderen wijs ik verder op de volgende passages:³⁰⁷

- *'Er zijn namelijk veel situaties denkbaar – niet alleen (semi) overheidsbedrijven – waarin een concern om hem moverende redenen liever belasting betaalt in zijn thuisland dan elders'.*³⁰⁸

301. Om deze last enigszins te verzachten heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen, die om een praktische benadering in de uitvoeringssfeer verzoekt. Deze motie ziet vooral op rechtshandelingen die reeds zeer geruime tijd geleden hebben plaatsgevonden. In dergelijke situaties dient de inspecteur zich terughoudend op te stellen, zie nota navv, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 2.
302. Mij zijn evenwel geen procedures op dit punt bekend.
303. Niet alle situaties ex art. 10a kwalificeerden volgens de Hoge Raad als oneigenlijk gebruik. In een aantal situaties – denk aan BNB 1996/5 – was renteaftrek toegestaan.
304. Vergelijk in dit kader de Notitie Bijlage bij TK 1995-1996, 24 677 (V-N 1996/2772) over de aanvaardbaarheid van terugwerkende kracht en eerbiedigende werking.
305. Van der Geld, J.A.G.; De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 148.
306. Vergelijk bijvoorbeeld MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14-15.
307. De onderstrepingen zijn van mijn hand.
308. Nota navnv, 1996-1997, 24 696, blz. 7.

- 'Aangezien in het Verenigd Koninkrijk gevestigde concerns over enkele miljarden ponden aan onverrekenende ACT beschikken, dreigt een aanzienlijke aantasting van de Nederlandse belastinggrondslag'.³⁰⁹
- 'In veel gevallen bestaat bij de verwerving van de aandelen voor het concern als geheel een reële behoefte aan vreemd vermogen. In de voorstellen wordt alleen de situatie bestreden waarin sprake is van vermogen dat vanuit de tussenhoudster gezien weliswaar als vreemd vermogen moet worden aangemerkt, maar waarbij de overnemende groep als geheel gezien niet of niet voor hetzelfde bedrag vreemd vermogen heeft aangetrokken'.³¹⁰
- 'De regeling heeft met andere woorden tot doel te voorkomen dat de winsten van een vennootschap worden aangewend voor de financiering van haar eigen overname, tenzij sprake is van werkelijke financieringsbehoefte bij het overnemende concern'.³¹¹
- 'Momenteel doet het zich in de praktijk nog niet vaak voor dat overnames van Nederlandse werkmaatschappijen worden gefinancierd met concernleningen vanuit belastingparadijzen'.³¹²
- 'Anders gezegd, bij artikel 10a, eerste lid, gaat het om situaties waarbij nergens binnen het concern een feitelijke wijziging in het werkkapitaal optreedt. De etikettering kan aldus naar willekeur geschieden'.³¹³

Deze en andere passages in de parlementaire geschiedenis van art. 10a en art. 15, lid 4 lijken te wijzen richting het machtsselement. Een 50%-grens zou dan logischer zijn.³¹⁴ Wel vergroot een dergelijke grens de mogelijkheid tot oneigenlijk gebruik. Overigens blijft bij vrijwel iedere grens de mogelijkheid tot misbruik bestaan. Dit brengt met zich dat het relatief strenge criterium van 33 1/3% desalniettemin meebrengt dat in voorkomende gevallen *fraus legis* in stelling moet worden gebracht. Hierbij valt te denken aan de interne verhangings van een deelneming waarin de moeder een belang houdt van minder dan 33 1/3%.³¹⁵

6.7.2.6 Compenserende heffing: verhouding lid 1 tot lid 2

Naar de letterlijke wettekst kan een bepaald complex van rechtshandelingen vallen onder het bereik van zowel lid 1 als lid 2. Hoewel beide bepalingen rente in aftrek beperken, ligt het essentiële verschil in de mogelijkheden tot tegenbewijs. Met het

309. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14.

310. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 7. In de Nota navnv wordt deze opmerking vrijwel letterlijk herhaald, Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

311. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

312. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 9-10. In de Nota navv kwam deze kwestie wederom aan de orde. 'Het zal duidelijk zijn dat mocht het uitvoeringsbeleid, al dan niet op onderdelen, ontoereikend blijken te zijn, aanpassing van de regelgeving maatwerk zal vereisen', Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43.

313. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 7.

314. In gelijke zin VNO-NCW die de wetgever in het kader van het wetsvoorstel 'Werken aan winst' in overweging geeft, voor het begrip verbonden lichamen in art. 10a de grens te leggen bij belangen van meer dan 50%. De minister meent echter dat in de praktijk blijkt dat de huidige grens van eenderde een goed bruikbaar criterium is voor verbondenheid, Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 93.

315. Zie hiervoor nader paragraaf 6.10.

Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, punt 1.5 (actualisering van onder meer het Besluit van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, V-N 2004/21.13) is dit verschil tussen de mogelijkheid voor tegenbewijs voor situaties die onder het eerste dan wel het tweede lid vallen aanzienlijk gemitigeerd. Desalniettemin blijven de mogelijkheden tot tegenbewijs voor het tweede lid aanzienlijk ruimer of, anders geformuleerd, zijn die van het eerste lid aanzienlijk stringenter.

Het staat belastingplichtigen niet vrij de aftrekbeperking te kiezen.³¹⁶ Vanwege de redactie van het tweede lid, sluit de toepasselijkheid van het eerste lid, toepassing van het tweede lid uit.

De aanhef van lid 2 van onderhavig artikel luidt namelijk: *'Bij het bepalen van de winst komen voorts (onderstreping JvS) niet in aftrek(...).'*

Tijdens de parlementaire behandeling is aandacht besteed aan dit onderscheid tussen het eerste en het tweede lid.³¹⁷

Volgens de wetgever is een belangrijk verschil dat het tweede lid ziet op leningen die zijn aangegaan bij een verbonden lichaam, waardoor het werkzame vermogen van (één van) de concernvennootschappen een wijziging ondergaat, terwijl dit niet het geval is bij situaties die onder het eerste lid vallen.³¹⁸ Gezien deze wijziging in het werkkapitaal is de wetgever van mening, dat dan bij de aanwezigheid van compenserende heffing de belastingplichtige het voordeel van de twijfel moet worden gegeven.³¹⁹ Dit argument van de staatssecretaris vind ik weinig overtuigend. Lier acht het argument van de staatssecretaris zelfs onjuist.³²⁰ In zijn opvatting vindt in beide gevallen omzetting van eigen vermogen plaats en ondergaat het werkkapitaal geen wijziging. Mijns inziens behoeft deze opmerking een nuancering.

Onder werkkapitaal wordt in de bedrijfseconomie verstaan: 'vlottende activa -/ vlottende passiva'.³²¹ Dit kan worden herschreven als 'werkkapitaal = eigen vermo-

316. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 11.

317. Vergelijk Nota navv, 1996-1997, 24 696, blz. 7.

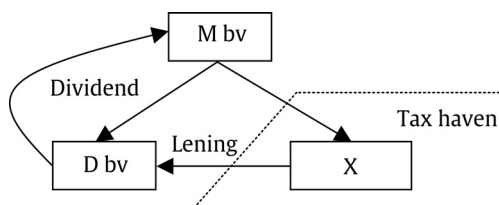
318. Zie Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 11.

319. Zie Nota navv, 1996-1997, 24 696, blz. 7.

320. Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

321. Brealy, R.A. & Myers, S.C.; Principles of Corporate Finance, International Edition, McGraw-Hill Companies, Inc., 1996, blz. 823 en Elliot B. & Elliot, J.; Financial accounting and reporting, Prentice Hall Europe, 1999, blz. 14. Onder vlottende activa worden mede begrepen: voorraden, vorderingen, overlopende activa, effecten en liquide middelen. Onder vlottende passiva worden mede begrepen (kortlopende) schulden en overlopende passiva. Als criterium of een vordering als vast of vlottend dient te worden beschouwd geldt in beginsel niet de looptijd maar de functie van de vordering. Betreft het een duurzame functie vervulling dan wordt de vordering als vast aangemerkt. Vaak wordt evenwel de looptijd als richtsnoer genomen, waarbij kortlopende vorderingen met een looptijd van minder dan een jaar als vlottend worden aangemerkt. Overlopende activa betreft vooruitbetaalde kosten e.d.. Zie in dit verband nader Klaassen, J. & Bak, G.G.M.; Externe verslaggeving, Educatieve Partners Nederland BV, Houten, 1997, blz. 99.

gen + lang vreemd vermogen -/- vaste activa'. In een situatie van een schuldig gebleven dividend ondergaat het werkkapitaal van de dochtervennootschap noch het werkkapitaal van de moedervennootschap een wijziging. Wel wijzigt de samenstelling van het werkkapitaal van beide vennootschappen. Bij een dividenduitkering gefinancierd met een interne lening (een situatie ex art. 10a lid 2, onderdeel a, vergelijk figuur 10) vindt er op het niveau van de D bv slechts een wijziging plaats in de samenstelling van het werkkapitaal. Het werkkapitaal van M bv verandert daarentegen wel in omvang, en stijgt vanwege het ontvangen dividend. Ook het werkvermogen van X ondergaat een wijziging. Vanwege de lening die X verstrekt aan D bv wordt het werkvermogen van X lager. Op concernniveau vindt evenwel geen verandering van het werkvermogen plaats. De vraag waarom een concern in een situatie van het tweede lid wel en een situatie van het eerste lid niet het voordeel van de twijfel van de staatssecretaris krijgt, acht ik hiermee overigens niet beantwoord.



Figuur 10: Situatie ex art. 10a, lid 2, onderdeel a

Verder verdedigde de wetgever het niet kwalificeren van compenserende heffing als tegenbewijs als volgt.

'Er zijn namelijk veel situaties denkbaar – niet alleen (semi) overheidsbedrijven – waarin een concern om hem moverende redenen liever belasting betaalt in zijn thuisland dan elders. (...) Het laten vallen van die toets zou ten koste gaan van de effectiviteit van de regeling, waardoor de mogelijkheden van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag groter zouden zijn'.³²²

Deze verdediging van de wetgever overtuigt mij niet.³²³ Het ligt namelijk niet voor de hand dat concerns structuren gaan opzetten om de Nederlandse heffingsgrondslag uit te hollen ten gunste van de heffingsgrondslag in hun thuisland. Mijns inziens kan evenzeer het tegenovergestelde worden verdedigd.³²⁴

322. Nota navnv, 1996-1997, 24 696, blz. 7.

323. Lier noemt de stelling van de staatssecretaris zelfs een tendentieuze volkswijsheid van de derde categorie, Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

324. Door belasting te betalen in een ander land kan een 'buitenlands' concern de steun verwerven van de lokale bevolking. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn voor het vergroten van de afzetmarkt of om in dat land de uitstraling te krijgen van 'correcte' werkgever. Gezien het feit dat de staatssecretaris heeft verzuimd zijn stelling nader te onderbouwen met (harde) feiten, hecht ik weinig belang aan deze opvatting van de staatssecretaris.

Voorts merkt de wetgever nog op dat in de situatie waarin een ander verbonden lichaam de belastingplichtige in staat stelt dividend uit te keren aan de moeder, dit lichaam zich eerder zal opstellen als een derde dan wanneer het dividendontvangende lichaam tevens de geldverstrekker is.³²⁵ Deze opmerking acht ik weinig steekhoudend. Zeker in 100%-relaties zal de crediteur normaliter weinig hebben in te brengen tegen de moeder vennootschap. De situatie van de crediteur lijkt mij dan geenszins te vergelijken met die van een onafhankelijke derde, afgezien van het feit dat men zich ingevolge HR 31 mei 1978, BNB 1978/252 en art. 8b dient op te stellen als een onafhankelijke derde. Met Lier ben ik van mening dat deze opmerking juist eerder lijkt te wijzen op het toestaan van het tegenbewijs van de compenserende heffing voor situaties van art. 10a, lid 1.³²⁶ Deze renteaftrekbeperking kan immers naar de letter van de wet ook van toepassing zijn in situaties waarin niet wordt schuldig gebleven aan een verbonden lichaam.

Vanaf aanvang heeft het ontbreken van het tegenbewijs van compenserende heffing voor lid 1 in de literatuur op weinig begrip kunnen rekenen.³²⁷ Getuige punt 1.5 van het Besluit BNB 2006/90 heeft de staatssecretaris bovenvermelde bezwaren nu ook zelf – terecht – voor een belangrijk deel laten varen. Desalniettemin vind ik het onterecht dat deze weg slechts via een Besluit ter beschikking openstaat voor situaties ex lid 1, terwijl voor situaties ex lid 2 direct wettelijk tegenbewijs openstaat. Voorts acht ik het verschil in zwaarte van het tegenbewijs onacceptabel. Dienaangaande gaat art. 10a, lid 1 mijns inziens onnodig veel verder dan art. 10a, lid 3, onderdeel b en de winstdrainagejurisprudentie.

6.7.2.7 Invulling compenserende heffing

Tarief

Bij de mondelinge behandeling van art. 10a in de Tweede Kamer kwam vast te staan dat de heffing in een OESO-land doorgaans als redelijk valt aan te merken.³²⁸ Een redelijke heffing is mijns inziens echter niet beperkt tot de OESO-landen. Ook in

325. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 6.

326. Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

327. Lier noemt dit onbegrijpelijk. Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449. Faber en Van der Geld spreken van navrant, zie Faber, S.E. & Van der Geld, J.A.G.; Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, WFR 1996/749. Vergelijk tevens De Vries R.J.; Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1996 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524.

328. Handelingen TK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-694.

andere landen kan sprake zijn van een redelijke heffing.³²⁹ Dit lijkt mij ook logisch aangezien het aantal OESO-landen beperkt is.³³⁰

Kritiek op deze vorm van tegenbewijs is dat deze de rechtszekerheid niet ten goede komt. Hoe hoog dient een compenserende heffing ten minste te zijn? Van der Geld leidt uit de Memorie van toelichting af, dat vooral uit het gebruik van de woorden 'door de OESO-lidstaten' en 'gebruikelijke normen' blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd dat een individuele OESO-staat hier de norm kan zetten.³³¹ Het gaat zijns inziens daarom om een soort gemiddelde of grootste gemene deler.³³² Albert brengt tegen deze stelling van Van der Geld de volgende passage van staatssecretaris uit de Handelingen in.³³³

*'Zoals in de stukken als is aangegeven, sluit ik dus aan bij hetgeen in een (onderstreping JvS) OESO-lidstaat redelijk voor de binnenlandse belastingplichtigen wordt geacht. Met andere woorden, wat men daar zelf voor de eigen belastingplichtigen redelijk acht, al in het algemeen (onderstreping JvS) als een redelijke heffing worden ervaren'.*³³⁴

Albert wijst er op dat de staatssecretaris het heeft over een OESO-lidstaat.³³⁵ Daar valt direct weer tegenin te brengen dat de staatssecretaris opmerkt dat er dan in het algemeen sprake zal zijn van een redelijke heffing. In uitzonderlijke situaties – wellicht indien een OESO-staat een heel laag belastingpercentage heeft – wil de staatssecretaris ruimte houden om zo'n heffing niet als redelijk aan te merken.

Met het voorgaande is een belastingplichtige mijns inziens weinig geholpen. Niet duidelijk is of een vennootschapsbelastingheffing van 10% geheven in een OESO-land in zijn algemeenheid als redelijk valt aan te merken. Getuige V-N 2002/23.17 lijkt 15% voldoende te zijn. Zeker is dit mijns inziens niet, totdat de Hoge Raad zich hierover heeft uitgelaten. Een tarief van 10% voldoet in ieder geval blijkens BNB 2002/118, mits het een financieringsmaatschappij betreft waarvan de werkzaamheden niet wezenlijk verschillen van een onder art. 15b vallende maatschappij. Vanuit rechts-

329. Dit blijkt ook uit Handelingen, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-694. Overigens kan ik de volgende opmerking van mevrouw de Vries (VVD) in de Handelingen niet goed volgen: 'Maar ook in Amerika is de belastingheffing redelijk, mogen wij aannemen. Je kunt het dus niet beperken tot landen binnen de OESO, wat u overigens ook niet doet'. De Verenigde Staten zijn evenwel OESO-lid van het eerste uur.

330. De OESO bestaat namelijk uit de oorspronkelijke leden: België, Canada, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland. Daarnaast zijn de volgende landen nog toegetreden: Japan (1964), Finland (1969), Australië (1971), Nieuw Zeeland (1973), Mexico (1994), Tsjechië (1995), Hongarije (1996), Polen (1996) en Korea (1996), Slowakije (2000), zie www.oecd.org.

331. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 21.

332. Zie van der Geld in zijn noot onder HR 6 december 2002, BNB 2003/183.

333. Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 78.

334. Handelingen, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-694.

335. Vergelijk ook Wattel in zijn conclusie bij BNB 2002/118, onderdeel 5.8.

zekerheidsoogpunt zou het de voorkeur verdienen om een zeker percentage in de wet op te nemen. Een gemiddelde of grootste gemene deler zoals Van der Geld aanhaalt, lijkt mij geen ideale oplossing. Hiermee wordt immers een percentage van een OESO-lidstaat/EU-lidstaat dat onder het gemiddelde valt, niet aangemerkt als een redelijke heffing. Mijns inziens kan beter worden gekeken naar het laagste percentage dat wordt geheven door een OESO-lidstaat.

Een andere mogelijkheid is om aan te sluiten bij het laagste IB/VPB-tarief in de EU. Deze benadering heeft tevens als voordeel dat hiermee voor een belangrijk deel de angel wordt gehaald uit de eventuele strijdigheid van art. 10a met EU-recht. Ten slotte merk ik op, dat voor elk gekozen percentage geldt dat het van belang is hoe de grondslag wordt berekend. Dit zal namelijk verschillend zijn voor ieder land. Het lijkt mij dat Nederland het uitgangspunt moet hanteren dat de buitenlandse berekeningsmethode in zijn algemeenheid leidt tot een 'redelijke grondslag'. Nederland zou hiervan slechts in uitzonderlijke situaties moeten afwijken, bijvoorbeeld indien er praktisch gezien voor nagenoeg de hele winst een objectvrijstelling geldt.

Uitvoeringsproblematiek

Uit de opzet van de tegenbewijsregeling blijkt dat de debiteur zich moet vergewissen van de fiscale en financiële positie van de renteontvanger.³³⁶ Normaliter levert dit in gelieerde verhoudingen minder problemen op dan in verhoudingen met derden. Dit neemt echter niet weg dat de debiteur – en daarmee de crediteur – wordt geconfronteerd met een aanzienlijke administratieve lastenverzwaring. Daarbij komt nog dat in verhoudingen waar weliswaar verbondenheid bestaat maar de belangen beperkt zijn tot 33 1/3%, de verbonden crediteur mogelijk minder welwillend is om inzicht te verschaffen in zijn boeken.

Verder lokt de tegenbewijsregeling discussies uit tussen belastingplichtigen en de fiscus over het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Voorts is denkbaar dat de crediteur in beginsel is onderworpen aan een compenserende heffing, maar dat de (verrekenbaarheid van) compensabele verliezen onderwerp zijn (is) van procedure.³³⁷ Het leveren van tegenbewijs is dan niet (direct) mogelijk en het is de vraag of belastingplichtige eventueel later de ten onrechte in aftrek beperkte rente alsnog in aftrek kan brengen en op welk moment dan een correctie dient plaats te vinden. Tevens bestaat er onduidelijkheid ten aanzien van het antwoord op de vraag of er sprake is van compenserende heffing, indien naast de compensabele verliezen en de rentebaten ook nog

336. Hierbij spelen vragen zoals: hoe hoog is het tarief? Wat is de heffingsgrondslag? Komt dit overeen met de Nederlandse grondslag en het Nederlandse tarief? Is er sprake van een bijzonder regime? Valt hierdoor de te betalen belasting in enigszins belangrijke mate voordeliger uit? Kennen wij in Nederland een vergelijkbaar bijzonder regime? Heeft de ontvangende partij recht op verrekening van compensabele verliezen of andersoortige aanspraken? Ontstaan in de nabije toekomst verliezen of andersoortige aanspraken?

337. Vergelijk Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

andere inkomsten staan. Een pro-ratabenadering verdient mijns inziens dan de voorkeur.

Wettelijk tegenbewijs versus jurisprudentie

Het is van belang op te merken dat, hoewel in art. 10a de winstdrainagejurisprudentie voor een belangrijk deel is gecodificeerd, de wettelijke bepaling de jurisprudentie op bepaalde punten aanzienlijk aanscherpt. Een van deze punten betreft het feit dat (kort samengevat) niet is voldaan aan het vereiste tegenbewijs, indien feitelijk niet wordt geheven als gevolg van de aanwezigheid van compensabele verliezen of andersoortige aanspraken. Dit betekent dat de opzet van de huidige tegenbewijsregeling – meer dan onder de jurisprudentie het geval was – economisch dubbele heffing met zich kan brengen, ook in nationale situaties. Als voornaamste reden voor het breken met de jurisprudentie, noemt de staatssecretaris het gevaar voor de uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag, met name door de Britse ACT-miljarden.

'Aangezien in het Verenigd Koninkrijk gevestigde concerns over enkele miljarden ponden aan onverrekenende ACT beschikken, dreigt een aanzienlijke aantasting van de Nederlandse belastinggrondslag. Ik acht het noodzakelijk deze dreigende aantasting van de grondslag tegen te gaan'.³³⁸

Eerder gaf ik al aan dat verrekening van Nederlandse rentelasten slechts effect sorteert, indien en voor zover daar in Nederland belastbare baten tegenover staan. Deze rigoureuze wijziging ten opzichte van de jurisprudentie had daarom mijns inziens (meer) fundamentele onderbouwing verdiend.

Kritiek op het gebruiken van compenserende heffing als tegenbewijs

De compenserende heffingstoets – voor het afwenden van zowel fraudus legis als de toepassing van art. 10a – fungeert in wezen als een veilige haven.³³⁹ Bij de aanwezigheid van compenserende heffing wordt niet meer gekeken naar het motief van de rechtshandeling(en). Dit betekent dat er wel sprake kan zijn van misbruik dan wel belastingontduiking in een situatie van compenserende heffing.³⁴⁰ Tussen de compenserende heffing op het niveau van een OESO-land of EU-lidstaat en het Nederlandse tarief kan immers een aanzienlijk verschil bestaan. Dit betekent dat kunstmatige/gekunstelde structuren kunnen worden opgezet om belasting te besparen. Hoewel dergelijke situaties mijns inziens onder omstandigheden kunnen kwalificeren als misbruik (naar nationaal recht) is renteaftrek evengoed toegestaan omdat sprake is van compenserende heffing. Dat dientengevolge toch (grote) belastingvoordelen kunnen behaald doet daaraan niet af.

338. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14.

339. Vergelijk Marres in zijn noot onder HvJ EG 12 december 2002, BNB 2003/170 en Wattel in zijn conclusie bij BNB 2004/142 (onderdeel 5.16).

340. Vergelijk in dit verband Wattel in zijn conclusie bij BNB 2004/142 (onderdeel 6.6-6.7) en Weber, D.M.; VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251.

Van *fraus legis* zou mijns inziens dan toch sprake moeten kunnen zijn, omdat wordt voldaan aan het motiefvereiste (het besparen van belasting) en het normvereiste (bepaalde wettelijke bepalingen worden gefrustreerd). De aanwezigheid van compenserende heffing vormt in de regel mijns inziens een belangrijke indicatie dat niet wordt voldaan aan het motiefvereiste, maar zou in beginsel geen absolute disculpatiemogelijkheid moeten zijn. De Hoge Raad en in navolging daarvan de wetgever hebben hiervoor echter wel gekozen.³⁴¹

Mijn kritiek wordt nog duidelijker als men zich realiseert dat bij de afwezigheid van compenserende heffing niet zonder meer sprake is van beperking van renteaftrek. Alsdan wordt gekeken naar de beweegredenen voor de transactie.³⁴² Zijn deze zakelijk, dan is geen sprake van misbruik ondanks het ontbreken van compenserende heffing. In zoverre vormt compenserende heffing dus geen ondergrens. Ook zonder compenserende heffing is het afwenden van *fraus legis* mogelijk.

Onduidelijkheid

Tegen situaties die vallen onder art. 10a, lid 2, staat onder meer het wettelijk tegenbewijs van compenserende heffing open. Het voordeel van deze onder art. 10a, lid 3, onderdeel b opgenomen tegenbewijsmaatregel, is dat het hier een concrete aanwijzing betreft voor tegenbewijs. Dit is in beginsel gunstig voor de rechtszekerheid.³⁴³ Van den Brande-Boomsluiter merkt in dit verband mijns inziens terecht op dat hierbij de aanwijzingen niet te beperkt mogen zijn, aangezien de belastingplichtige anders wordt geschaad in zijn bewijslast. Voorts merkt zij op dat er geen discussie bestaat over de betekenis en de inhoud van de aanwijzingen. Zij stelt voor de huidige tegenbewijsregeling te vervangen door een algemene formulering dat de uitsluiting van renteaftrek geen toepassing vindt *'indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de desbetreffende rechtshandelingen in overwegende mate andere bedoelingen dan verijdeling van belastingheffing ten grondslag hebben gelegen'*. Daarvan is onder meer sprake indien belastingplichtige de aanwezigheid van zakelijke overwegingen dan wel compenserende heffing aannemelijk maakt. Volgens Van den Brande-Boomsluiter laat deze algemene formulering tevens de mogelijkheid open om door middel

341. In puur nationale situaties is deze benadering een gegeven. In EU-situaties zou dit wellicht anders kunnen zijn. Toepassing van *fraus legis* wordt immers in wezen afhankelijk van het buitenlandse belastingregime, vergelijk Weber, D.M.; VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251. Daarvoor dient deze kwestie wel voor het HvJ EG te komen. Getuige BNB 2004/142 is de Hoge Raad (voor toepassing van *fraus legis*) evenwel niet bereid deze vraag voor te leggen aan het HvJ EG. Mogelijk dat dit voor situaties ex art. 10a wel het geval zal zijn, dan wel dat Hoven dit zelfstandig doen. Opgemerkt zij nog dat door deze benadering van compenserende heffing identieke situaties verschillend kunnen worden behandeld, afhankelijk van de vraag of er sprake is van compenserende heffing. Dit levert een risico op voor strijdigheid met EU-recht, vergelijk ook paragraaf 6.7.3.

342. Vergelijk BNB 2005/51 alwaar het uitkeren door een bv van dividend aan een stichting gevolgd door het opnemen van een lening door de bv, ondanks het ontbreken van compenserende heffing, niet leidde tot toepasselijkheid van 10a. Er werd namelijk geen verband aanwezig geacht tussen de dividenduitkering en de lening.

343. Van den Brande-Boomsluiter, E.; Wie stelt, bewijst. Een adagium voor de Wet VPB 2007? (Bewijsvermoedens in de Wet op de vennootschapsbelasting), MBB 2005/217.

van andere argumenten het vereiste tegenbewijs te leveren. Kennelijk bestaat er naast de categorie zakelijke overwegingen nog een categorie niet-zakelijke overwegingen die niet is gericht op het vrijdelen (of uitstellen?) van belastingheffing. Hoewel dit in theorie wellicht klopt, vraag ik mij af welk additioneel tegenbewijs Van den Brande-Boomsluiter voor ogen heeft anders dan compenserende heffing en zakelijk overwegingen, zonder de in de wetsgeschiedenis neergelegde strekking van art. 10a, lid 3 verder op te rekken. Indien bijvoorbeeld aandeelhoudersmotieven niet kwalificeren als zakelijke overwegingen, vergelijk bijvoorbeeld Hof Amsterdam 15 december 2004, V-N 2005/18.13 (zie hiervoor nader paragraaf 6.5), dan zou een andere wettelijke definiëring mijns inziens niet met zich (moeten) brengen dat aandeelhoudersmotieven wel een disculpatiemogelijkheid vormen voor situaties ex art. 10a, lid 2. Voorts wijs ik op de invulling van het tegenbewijs compenserende heffing. Uit de huidige wettekst blijkt dat het verrekenen van (eigen) verliezen – anders dan bij de winstdrainagejurisprudentie – niet kwalificeert als compenserende heffing. In de door Van den Brande-Boomsluiter voorgestelde wijziging zal dit mijns inziens ook wettelijk moeten worden bepaald. De voordelen van haar formulering zijn mij daarom niet reeds aanstonds duidelijk, uitgaande van een gelijke invulling.

6.7.3 *Strijdigheid EU-recht*

6.7.3.1 *Fraus legis en EU-recht*

Hiervoor plaatste ik reeds vraagtekens bij de overeenstemming met het EU-recht van de overgangsregeling bij art. 10a. Maar niet alleen deze overgangsregeling is omstreden. Ook van de tegenbewijsregeling van art. 10a is het zeer de vraag of deze in overeenstemming is met het EU-recht. Procedures dienaangaande zijn mij (nog) niet bekend, maar de Hoge Raad heeft wel al een arrest gewezen over de toepasselijkheid van het EU-recht in relatie tot *fraus legis*.

In HR 23 januari 2004, BNB 2004/142 bleef belanghebbende een dividend schuldig aan haar moeder en vervolgens werd de feitelijke leiding van deze moeder verplaatst naar de Antillen. De heffing over de rentebaten bedroeg vanaf het moment van de verplaatsing circa 3%. Belanghebbende verdedigde de renteaftrek onder meer met een beroep op EU-recht.³⁴⁴ De Hoge Raad honoreerde dit beroep niet, aangezien de omzetting geen enkel zakelijk doel dient. Daaruit volgt volgens de Hoge Raad dat de in geding zijnde renteaftrek geen ander kapitaalverkeer raakt dan een uitsluitend en rechtstreeks met belastingontduiking verband houdende kapitaalbeweging. Derhalve faalt het beroep op het EG-Verdrag.³⁴⁵ Het oordeel van de Hoge Raad wijkt overigens op belangrijke punten af van de conclusie van A-G Wattel. Hij achtte het bovendien – anders dan de Hoge Raad – noodzakelijk prejudiciële vragen te stellen. Mede

344. De vrijheid van kapitaalverkeer (art. 73B, eerste lid, EG-Verdrag, thans art. 56 EG).

345. Hierbij wijst de Hoge Raad op de arresten HvJ EG. HvJ EG 5 oktober 1994, Jurispr. 1994 blz. I-4795 (TV 10), HvJ EG 12 mei 1998, Jurispr. 1998 blz. I-2843 (Kefalas) en HvJ EG 14 december 2000, Jurispr. 2000 blz. I-11569 (Emsland-Stärke).

op dat punt heeft dit arrest in de literatuur – mijns inziens terecht – de nodige kritiek te verduren gekregen.

Meussen spreekt in zijn noot onder BNB 2004/142 zelfs van een ‘fout arrest’.³⁴⁶ Opvallend aan dit arrest is dat de Hoge Raad belanghebbende namelijk iedere toegang tot het EG-Verdrag lijkt te ontzeggen in plaats van in eerste aanleg de verdragsvrijheden toe te kennen om ze daarna ingevolge misbruik weer af te nemen (ingevolge de rechtvaardigheidsgrond het tegengaan van misbruik).

Vergelijk in dit verband r.o. 5.7 van A-G Wattel in zijn conclusie bij BNB 2004/142: *‘Uit de jurisprudentie van het HvJ EG³⁴⁷ volgt dat de omstandigheid dat een belanghebbende met bepaalde grensoverschrijdende verrichtingen mogelijk het doel heeft zich op oneigenlijke wijze te onttrekken aan de nationale wetgeving van een lidstaat, niet afdoet aan de toepasselijkheid van de EG-Verdragsvrijheden. De vraag naar mogelijk misbruik staat volgens het Hof los van de vraag of de desbetreffende verdragsvrijheid van toepassing is. Ook potentiële misbruikers hebben dus in beginsel toegang tot de EG-vrijheden.³⁴⁸ Zij worden er – eventueel – pas weer uitgegooid bij de beoordeling van de vragen of de betrokken Lidstaat voldoende rechtvaardiging heeft voor vrijheidsbelemmerende maatregelen tegen misbruik en of die maatregelen geschikt en evenredig zijn tot bestrijding van het geconstateerde misbruik’.*

In BNB 2004/142 lijkt de Hoge Raad evenwel een heel andere weg in te slaan. Aan toepassing van het EG-Verdrag lijkt in het geheel niet te worden toegekomen. Meussen wijst er in zijn noot onder BNB 2004/142 op dat Weber in zijn proefschrift verdedigt dat belastingplichtigen op grond van hun objectieve kenmerken toegang tot het EG-verdrag kan worden ontzegd, in uitzonderlijke situaties van evident misbruik.³⁴⁹

346. Vergelijk tevens de redactie van V-N in V-N 2004/9.13.

347. HvJ EG 9 maart 1999, Jurispr. 1999 blz. I-1459 (Centros), punt 18, HvJ EG 5 oktober 1994, Jurispr. 1994 blz. I-4795 (TV 10), punt 15-16 en van meer recente datum HvJ EG 21 november 2002, (X en Y v. Riksskatteverket), V-N 2003/12.5.

348. Uitgebreid hierover: Weber, D.M.; Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden, Fiscale monografieën 105, Kluwer, Deventer, 2003, met name blz. 24-27.

349. *‘Dit neemt niet weg dat bepaalde misbruiksituaties op grond van hun objectieve kenmerken buiten de toepassingsvoorwaarden van het gemeenschapsrecht vallen’*, Weber, D.M.; Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden, Fiscale monografieën 105, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 27. Zie tevens de blz. 24-27. Weber (blz. 26) wijst in dit verband op het arrest HvJ EG, 19 januari 1988, Jurispr. blz. 111 (Gulung). Vergelijk ook de aantekening bij V-N 2004/9.13: *‘Onze conclusie is dat de Hoge Raad in geval van een geslaagd beroep op fraus legis in winstdrainage constructies, waarbij sprake is van grensoverschrijdende kapitaalsbewegingen die elke reële zakelijke betekenis missen (en waarbij de gewraakte geldlening dan ook volledig wordt weggedacht), geen beroep zal toestaan op het EG-verdrag, omdat met de naar nationaal recht vastgestelde onzakelijkheid (en gekunsteldheid) van de transactie tevens strijdigheid met het doel van de desbetreffende verdragsvrijheid is komen vast te staan (die niet is bedoeld voor kunstmatig gecreëerde grensoverschrijdende transacties). Deze benadering van de Hoge Raad kunnen wij onderschrijven’*. Vergelijk tevens Faase, E.F.; Misbruik: middel of doel?, NTFR 2004/1445 die ook expliciet de mogelijkheid van misbruik van gemeenschapsrecht erkent en BNB 2004/142 daaronder schaaft.

Wellicht dient BNB 2004/142 in die categorie te worden geschaard.³⁵⁰ Waar de grens ligt is mij overigens niet geheel duidelijk.³⁵¹ Meussen wijst dienaangaande op de arresten Centros en Inspire Art³⁵² en vergelijkt deze met BNB 2004/142. Zijns inziens dient het verschil tussen deze arresten te worden gevonden in het feit dat de schuldig gebleven dividenduitkering geen enkele rol vervult in de onderneming van belanghebbende, terwijl het in Centros en Inspire Art niet om louter artificiële situaties ging.^{353, 354}

350. Weber leest BNB 2004/142 echter zo dat de Hoge Raad niet ingaat op de vraag of het kapitaalverkeer van toepassing is (stap 1), noch op de vraag of sprake is van een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal (stap 2). Zijns inzien gaat de Hoge Raad slechts in op de vraag of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond (stap 3) in casu het tegengaan van belastingontduiking. Weber, D.M.; VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251. Zeker is dit mijns inziens niet. Marres wijst er nog op dat in BNB 2004/142 niet geheel duidelijk is of de Hoge Raad belanghebbende wel toegang verleent tot vrije verkeer, maar dat deze vrijheid niet kan worden geëffectueerd vanwege de rechtsvaardigingsgrond 'misbruik', dan wel dat belanghebbende in het geheel geen recht heeft op de vrijheid van kapitaalverkeer vanwege het artificiële karakter, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 216.
351. In Weber, D.M.; Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden, Fiscale monografieën 105, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 212 merkt Weber namelijk op: *'(...) dat geen sprake is van belastingontwijking op grond van het enkele feit dat een belanghebbende onderworpen is aan een (gunstig) belastingstelsel van een andere lidstaat. Dit impliceert dat in beginsel "tax jurisdiction shopping" als zodanig is toegestaan. (...) Er is wel sprake van belastingontwijking indien een belanghebbende zich, met gebruikmaking van het vrije verkeer, alleen wil onttrekken aan de regelgeving van een bepaalde lidstaat zonder gebruik te willen maken van de voordelen van de interne markt, waarvoor deze bedoeld zijn'*. In deze laatste situaties is volgens Weber kennelijk nog wel sprake van toegang tot het vrije verkeer.
352. HvJ EG 9 maart 1999, Centros, Jurispr. 1999, blz. I-4795, NJ 2000/48 respectievelijk HvJ EG 30 september 2003, Inspire Art Ltd., V-N 2004/4.2. In beide arresten overwoog het HvJ EG als volgt (r.o. 139 Inspire Art.): *'Bovendien is het vaste rechtspraak (reeds aangehaalde arresten Segers, punt 16, en Centros, punt 29) dat het feit dat een vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat waar zij gevestigd is, en haar activiteiten uitsluitend of hoofdzakelijk uitoefent in de lidstaat van haar filiaal, niet volstaat ten bewijze van misbruik of bedrog op grond waarvan laatstgenoemde staat de betrokken vennootschap een beroep op de communautaire bepalingen inzake het recht van vestiging zou kunnen ontfangen'*.
353. Dat het in BNB 2004/142 wel om zo'n artificiële situatie gaat, wordt door A-G Wattel verdedigd in punt 5.12 van zijn conclusie bij BNB 2004/142. Dienaangaande merkte hij namelijk op dat het – anders dan in het arrest Eurowings – in casu ging om:
 1. een kunstmatig opgeroepen schuld waaraan geen enkele reële zakelijke transactie of financiering ten grondslag ligt;
 2. tussen twee innig gelieerde vennootschappen van wie de crediteur ongeveer tegelijkertijd en in causaal verband met de schuldcreeatie naar een tax haven is verhuisd; en
 3. die geen ander significant doel dient dan fiscale grondslagerosie in de debiteurjurisdictie.
354. Ik wijs in dit verband op HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes), waar het HvJ EG verwijst naar Centros en Inspire Art (r.o. 37): *'Inzake de vrijheid van vestiging heeft het Hof reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat is opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, op zich geen misbruik van deze vrijheid oplevert (zie in deze zin arrest Centros, reeds aangehaald, punt 27, en arrest van 30 september 2003, Inspire Art, C-167/01, Jurispr. blz. I-10 155, punt 96)'*. Ik acht deze r.o. ook relevant voor art. 10a.

Met Meussen en Weber voel ik wel wat voor deze benadering; in situaties van apert misbruik verspeelt een belastingplichtige zijn verdragsvrijheden.³⁵⁵ Desalniettemin lijkt mij dit een kwestie waarover het HvJ EG zich had moeten kunnen buigen. Het stellen van prejudiciële vragen door de Hoge Raad had ik hier daarom wenselijk gevonden. Gelet op de verschillende opvattingen in de literatuur (en van de A-G) lijkt namelijk – anders dan de Hoge Raad meent – geen sprake te zijn van een acte éclairé.³⁵⁶ Toch meent de Hoge Raad dat – in het bijzonder gelet op TV 10, Kefalas en Emsland-Stärke – niet redelijkwijs voor twijfel vatbaar is dat belanghebbende geen (succesvol) beroep kan doen op het EG-Verdrag. Vergelijk in dit verband de voor de Wet OB 1968 gewezen arresten HvJ EG 4 oktober 2001, BNB 2002/396 (Goed Wonen) en HvJ EG, 29 april 2004, V-N 2004/24.17 (Leusden/Holin).³⁵⁷ Met deze arresten kan worden verdedigd dat bij 'belastingontwijkingconstructies'³⁵⁸ geen schending van een op het gemeenschapsrecht gewettigd vertrouwen aan de orde is.

Overigens is het de vraag wat – anders dan een andere rechtsgang – het materiële verschil is tussen in het geheel niet van toepassing zijn van de verdragsvrijheden vanwege misbruik en het wel toegang hebben tot het EG-Verdrag maar hier weer worden 'uitgegooid' vanwege de rechtvaardigingsgrond misbruik. Wellicht moet dit verschil worden gevonden in de proportionaliteitseis onder het EU-recht (zie hierna).

6.7.3.2 Art. 10a en EU-recht

Een situatie ex BNB 2004/142 zou nu onder het bereik van art. 10a, lid 1 vallen. Van reguliere zakelijke overwegingen was in deze casus geen sprake, zodat het tegenbewijs van lid 1 geen toepassing vindt. Evenmin wordt voldaan aan de vereisten voor compenserende heffing, zoals omschreven in BNB 2006/90. Gelet op BNB 2004/142 zou de Hoge Raad naar mijn inschatting een identieke casus die valt onder art. 10a, lid 1 waarschijnlijk eveneens toegang tot het EU-recht ontzeggen.³⁵⁹ Geheel zeker is dit niet. Bovendien is het zeker niet zo dat voor iedere situatie die onder het bereik van art. 10a valt, beroep op het EG-verdrag zinledig is. Hoewel art. 10a partieel een codificatie is van enkele winstdrainagearresten, is daarnaast de wetgeving op bepaalde punten aanzienlijk strenger dan de jurisprudentie. Denk bijvoorbeeld aan de verrekening van 'eigen' verliezen en andersoortige aanspraken. Dergelijke situaties werden niet getroffen door *fraus legis*, zodat misbruik kennelijk niet aan de orde was. Dergelijke situaties vallen echter nu wel onder art. 10a. Bovendien werkt art. 10a in beginsel generiek (met de mogelijkheid tot tegenbewijs), terwijl *fraus legis* in beginsel 'maatwerk' is.

355. Anders Wattel in zijn conclusie bij BNB 2004/142 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 85.

356. In gelijke zin redactie van V-N 2004/9.13.

357. In geval van onbedoeld gebruik van EU-recht (Zesde Richtlijn) is reparatie met terugwerkende kracht toegestaan.

358. Vergelijk V-N 2004/24.17, r.o. 77.

359. Vergelijk Meussen, G.T.K. in zijn noot onder BNB 2004/142.

In beginsel is het niet in strijd met het EU-recht om een antimisbruikbepaling op te nemen in een wettelijke regeling, mits hierbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse situaties. Van belang is wel dat indien een tegenbewijsregeling is opgenomen, deze eveneens voor buitenlandse situaties een reële tegenbewijsregeling vormt.³⁶⁰ Bovendien is van belang dat dit geen generieke antimisbruikbepaling is, maar voldoende specifiek.³⁶¹

Voor de tegenbewijsregel ex art. 10a, lid 3, onderdeel b geldt dat deze – behoudens verliessituaties en situaties van niet-belastingplichtigen (bijvoorbeeld een niet-nijvere stichting) – in binnenlandse situaties doorgaans effect sorteert. Voor buitenlandse situaties kan dit anders zijn, afhankelijk van het daar geheven tarief.³⁶² Voor situaties die onder lid 1 vallen, geldt dit in versterkte mate. De in BNB 2006/90 opgenomen eisen voor de aanwezigheid van compenserende heffing zijn immers aanzienlijk strenger dan die van het derde lid. Hoewel de renteaftrekbeperkingen op zichzelf naar alle waarschijnlijkheid niet in strijd zijn met EU-recht³⁶³, pakt dit voor de beide tegenbewijsregelingen wellicht anders uit. Ik acht deze tegenbewijsregelingen mogelijk in strijd met het EU-recht, hetzij met de vrijheid van vestiging (art. 43 EG-Verdrag) hetzij met de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 56 EG-Verdrag).³⁶⁴ Ik sluit evenwel niet uit dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen situaties:

- waarin sprake is van misbruik van gemeenschapsrecht: deze vallen wel onder het bereik van art. 10a en worden dus geconfronteerd met de strijdige tegenbewijsregelingen. Vanwege het misbruik van gemeenschapsrecht wordt geen toegang verkregen tot het gemeenschapsrecht en kan geen beroep worden gedaan op de strijdigheid van de tegenbewijsregeling. De volledige rente kan door Nederland in aftrek worden beperkt; en

360. Zie Kiekebeld, B.J.; WFR 2003/194, WFR 2003/914.

361. Vergelijk in dit verband HvJ EG 21 november 2002 (X&Y), BNB 2003/221, bijvoorbeeld r.o. 43, 45, 61 en 62.

362. Ingevolge HvJ EG 26 oktober 1999 (Eurowings), BNB 2001/394 lijkt een dergelijk onderscheid niet toegestaan: *'Anders dan het Finanzamt stelt, kan een dergelijk verschil in behandeling evenmin worden gerechtvaardigd door de mogelijkheid, dat de in een andere lidstaat gevestigde verhuurder in geringere mate wordt belast. Een eventueel fiscaal voordeel voor dienstverrichters in de vorm van een lagere belastingdruk in de lidstaat waar zij zijn gevestigd, verleent een andere lidstaat niet het recht om de op zijn grondgebied gevestigde ontvangers van de dienst fiscaal minder gunstig te behandelen [zie aangaande artikel 52 van het EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG), arresten Commissie/Frankrijk, punt 21, en Asscher, punt 53, reeds aangehaald]. Zoals de Commissie terecht opmerkte, doen dergelijke compenserende fiscale heffingen (onderstreping JvS) afbreuk aan de grondslagen van de interne markt'*. Dat het in Eurowings om vrij verkeer van diensten ging en in de situatie van art. 10a over de vrijheid van kapitaalverkeer (of vrijheid van vestiging), doet hieraan mijns inziens niet af. In gelijke zin Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 82.

363. In gelijke zin Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 211.

364. In gelijke zin (onder meer) Kiekebeld, B.J.; WFR 2003/194, WFR 2003/914, Marres in zijn noot onder BNB 2003/170, Wattel in zijn conclusie bij BNB 2004/142, Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 83 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 211-240.

- waarin geen sprake is van misbruik van gemeenschapsrecht: deze vallen onder het bereik van art. 10a en worden dus geconfronteerd met de strijdige tegenbewijsregelingen. Vanwege het ontbreken van misbruik van gemeenschapsrecht wordt toegang verkregen tot het gemeenschapsrecht en kan een beroep worden gedaan op de strijdigheid van de tegenbewijsregeling. In deze situaties mag Nederland – in lijn met Eurowings – geen rente in aftrek beperken, tenzij er een rechtvaardigingsgrond is (bijvoorbeeld het tegengaan van misbruik, niet zijnde misbruik van gemeenschapsrecht). Indien Nederland wel rente in aftrek mag beperken dient dit proportioneel³⁶⁵ te gebeuren.³⁶⁶

Probleem van deze benadering is evenwel dat het niet eenvoudig is om aan te geven wanneer sprake is van misbruik van gemeenschapsrecht.³⁶⁷

Daar komt nog bij dat het gelet op de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG, niet op voorhand zeker is dat de tegenbewijsregelingen strijdig moeten worden geacht met EU-recht. In dit verband wijs ik op HvJ EG 12 juli 2005, (Schempp), BNB 2005/342 en HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer).³⁶⁸ In BNB 2005/342 oordeelde het HvJ namelijk kort samengevat dat – ten

365. Vergelijk HvJ EG 21 november 2002 (X&Y), BNB 2003/221: *'In dit verband dient erop te worden gewezen dat een beperking van de vrijheid van vestiging, zoals de in geding zijnde nationale bepaling, alleen kan worden gerechtvaardigd indien er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd dat zich met het Verdrag verdraagt, en indien zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dringende redenen van algemeen belang. Daarenboven moet die beperking geschikt zijn om het nagestreefte doel te verwezenlijken, en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie met name arrest Futura Participations en Singer, reeds aangehaald, punt 26, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).'*

366. Dit betekent dat rekening moet worden gehouden met de (beperkte) heffing bij de crediteur. De totale heffing van debiteur en crediteur mag het Nederlandse percentage niet overstijgen. Vergelijk Kiekebeld, B.J.; WFR 2003/194, WFR 2003/914, Marres in zijn noot onder BNB 2003/170 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 80.

367. Dit probleem is evenwel niet nieuw, vergelijk het stroomschema in Faase, E.F.; Misbruik: middel of doel? NTFR 2004/1445.

368. In BNB 2005/342 overwoog het HvJ EG als volgt: *'In deze omstandigheden dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat de artikelen 12, eerste alinea, EG en 18, lid 1, EG aldus moeten worden uitgelegd dat ze zich niet ertegen verzetten dat een in Duitsland wonende belastingplichtige volgens een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding van toepassing is, de alimentatie die hij heeft betaald aan zijn voormalige echtgenote die in een andere lidstaat woont waar deze uitkering niet belastbaar is, niet kan aftrekken, hoewel hij daartoe wel het recht zou hebben indien zijn voormalige echtgenote in Duitsland zou wonen'.*

Vergelijk voorts BNB 2006/72 alwaar het HvJ EG oordeelde: *'(...) Wat ten slotte de derde rechtvaardigingsgrond betreft, namelijk het gevaar van belastingontwijking, dient te worden aangenomen dat de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief (onderstreping JvS) het hoogst is, en waar de fiscale waarde van een verlies dus het grootst is. (...) Gelet op deze drie rechtvaardigingsgronden, samen beschouwd, dient te worden opgemerkt dat met een restrictieve regeling als die in het hoofdgeding, rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het Verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken'.*

aanzien van alimentatie – het stelsel is gerechtvaardigd dat geen aftrek wordt verleend bij de betaler indien er geen heffing plaatsvindt bij de ontvanger. In BNB 2006/72 werd door het HvJ EG bij het beoordelen van de rechtvaardigingsgronden onder meer rekening gehouden met het tarief.³⁶⁹

Uit het bovenstaande blijkt dat onduidelijk is in hoeverre (de tegenbewijsregelingen van) art. 10a in overeenstemming zijn met EU-recht. Er bestaat dus een risico dat de tegenbewijsregelingen hiermee strijdig zijn. Dit leidt tot onzekerheid (en mogelijk tot proceskosten) voor belastingplichtigen en tot budgettaire risico's voor de schatkist. Ik acht de tegenbewijsregelingen daarom niet adequaat op dit punt.

369. HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes) wijst echter weer in de andere richting. Uit dit arrest kan kort samengevat worden geconcludeerd dat het inspelen op tariefverschillen niet per definitie kwalificeert als misbruik, r.o. 49: *'In dit verband volgt uit vaste rechtspraak dat het bestaan van een voordeel in de vorm van een lage belastingdruk voor een dochteronderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de moeder vennootschap is opgericht, deze laatste lidstaat op zich niet het recht verleent om dit voordeel te compenseren door de moeder vennootschap fiscaal minder gunstig te behandelen (zie in deze zin arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 21; zie eveneens, mutatis mutandis, arresten van 26 oktober 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Jurispr. blz. I-7447, punt 44, en 26 juni 2003, Skandia en Ramstedt, C-422/01, Jurispr. blz. I-6817, punt 52). De noodzaak om lagere belastinginkomsten te voorkomen is niet een van de in artikel 46, lid 1, EG genoemde rechtvaardigingsgronden en evenmin een dwingende reden van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag ingevoerde vrijheid kunnen rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 3 oktober 2002, Danner, C-136/00, Jurispr. blz. I-8147, punt 56, en arrest Skandia en Ramstedt, reeds aangehaald, punt 53)'. Wel mag een staat volstrekt kunstmatige structuren bestrijden, r.o. 51: 'Daarentegen kan een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, gerechtvaardigd zijn wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken (zie in die zin arrest ICI, reeds aangehaald, punt 26; arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Jurispr. blz. I-11 779, punt 37; arresten De Lasteyrie du Saillant, reeds aangehaald, punt 50, en Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 57)'. en r.o. 55: 'Bijgevolg kan een beperking van de vrijheid van vestiging slechts door de strijd tegen misbruiken worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die erin bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied'. Of sprake is van misbruik dient te worden beoordeeld aan de hand van zowel objectieve als subjectieve kenmerken (r.o. 64): 'Voor de vaststelling van het bestaan van een dergelijke constructie is immers naast een subjectief element, namelijk de wil om een belastingvoordeel te verkrijgen, ook vereist dat uit een geheel van objectieve elementen blijkt dat, in weerwil van de formele vervulling van de door gemeenschapsregeling gestelde voorwaarden, het door de vrijheid van vestiging beoogde doel – zoals dat in de punten 54 en 55 van dit arrest is uiteengezet – niet werd bereikt (zie in die zin arresten van 14 december 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, Jurispr. blz. I-11 569, punten 52 en 53, en 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punten 74 en 75)'. Antimisbruikwetgeving dient daarom te worden voorzien van een reële tegenbewijsregeling (r.o. 65): 'In deze omstandigheden is de wetgeving op de GBV slechts in overeenstemming met het gemeenschapsrecht indien de toepassing van de belasting waarin deze wetgeving voorziet, is uitgesloten wanneer, ondanks het bestaan van een fiscale beweegreden, de oprichting van een GBV verbonden is met een economische realiteit'. De vraag rijst of de tegenbewijsregeling 'zakelijke overwegingen' in dit verband een voldoende escape is. Dit is mijns inziens nog geen uitgemaakte zaak en hangt sterk af van de reikwijdte van de tegenbewijsregeling art. 10a, lid 3, onderdeel a (zakelijke overwegingen).*

6.7.4 *Paradoxe uitwerking winstdrainagewetgeving*

Ten slotte merk ik nog op dat art. 10a een paradoxaal effect kan hebben.³⁷⁰ Deze bepaling kan het voor concerns aantrekkelijk maken, om een nieuw opgerichte dochtervennootschap zoveel mogelijk met vreemd vermogen te financieren. Wanneer immers een vennootschap alleen met eigen vermogen wordt gefinancierd, is een aanpassing naar een financieringsstructuur door middel van terugbetaling gevolgd door het aantrekken van een lening veelal niet zonder meer mogelijk. Vaak vindt namelijk art. 10a toepassing. Deze uitkomst is evident niet door de wetgever beoogd, maar komt wel voort uit de opzet van de bepaling. Inmiddels is deze uitkomst wel voor een deel geneutraliseerd door de invoering van art. 10d. Hiermee worden voor een deel onbedoelde neveneffecten van de ene renteaftrekbeperking bestreden door een nieuwe renteaftrekbeperking.

Art. 10a heeft verder als nadeel dat het om bedrijfseconomische redenen in stand houden van de (voor toepassing van art. 10d acceptabele) financieringsstructuur door art. 10a wordt bemoeilijkt. Denkbaar is dat een vennootschap als gevolg van groei (gepaard gaande met een stijging van het eigen vermogen) additioneel vreemd vermogen binnen de groep wil aantrekken en dividend wil uitkeren om de oude financieringsstructuur in ere te herstellen (bijvoorbeeld om te kunnen profiteren van een positieve werking van het hefboomeffect). Op dergelijke situaties is art. 10a mogelijk van toepassing. Tegenbewijs is niet altijd eenvoudig te leveren.

6.8 **Overnameholdings**

6.8.1 *Inleiding*

In paragraaf 6.2 heb ik aandacht besteed aan de winstdrainagejurisprudentie. In enkele van deze arresten wordt de fiscale eenheid gebruikt om ontstane verliezen als gevolg van omvangrijke rentebetalingen, te verrekenen met de winsten van 'overgenomen' vennootschappen. In paragraaf 6.4 werd duidelijk dat deze rente in bepaalde situaties niet ten laste van de winst mag worden gebracht, behoudens indien het wettelijk bepaalde tegenbewijs wordt geleverd. Deze wettelijke maatregel – art. 10a, lid 2, onderdeel b – richt zich op overnames binnen een concern. Tegen externe acquisities gevolgd door voeging in een fiscale eenheid kant art. 10a zich evenwel niet. Met de invoering van art. 15, lid 4 (oud) heeft de wetgever een dam opgeworpen tegen structuren, waarin een overgenomen werkmaatschappij in wezen haar eigen overname financiert. Art. 15, lid 4 maakt daarbij geen onderscheid tussen een externe overname en de acquisitie van een verbonden lichaam. Indien in de situatie van een intern gefinancierde interne verhangings art. 10a, lid 2, onderdeel b geen toepassing vindt, kan art. 15, lid 4 daarom alsnog de rente in aftrek beperken. Met de invoering van het nieuwe regime fiscale eenheid per 1 januari 2003, zijn de eind 1996

370. Vergelijk Michielse, G.M.M.; Wetsvoorstel uitholling belastinggrondslag. Een gemiste kans, FED 1996/1512.

geïntroduceerde bepalingen art. 15, lid 4 en 5 vervangen door art. 15ad. Deze wijziging vormde op bepaalde punten tevens een aanscherping van de oude regeling.

In deze paragraaf onderzoek ik de in art. 15ad opgenomen renteaftrekbeperking. Bij de behandeling van de ratio van de regeling grijp ik – noodgedwongen – veelal terug op de parlementaire geschiedenis van art. 15, lid 4 en 5. Ook bij de uitleg van de werking van de regeling val ik terug op de oude parlementaire stukken.³⁷¹ Ik ga eerst in op de motivatie van de wetgever voor de introductie van art. 15, lid 4 en de reden om deze bepaling aan te scherpen met art. 15ad. Vervolgens onderzoek ik de systematiek van de aftrekbeperking en de werking van de tegenbewijsregeling. Ten slotte beoordeel ik art. 15ad aan de hand van het in hoofdstuk 1 ontworpen toetsingskader.

6.8.2 *Ratio*

6.8.2.1 *Het overnameholdingbeleid*

In eerste aanleg is art. 15ad (mede) geïnspireerd op het door de fiscus gevoerde overnameholdingbeleid.³⁷² Dit beleid richtte zich tegen structuren waarin met behulp van een fiscale eenheid de heffing van vennootschapsbelasting geheel of ten dele werd gefrustreerd. De fiscus trachtte dergelijke structuren te bestrijden met richtige heffing en later met *fraus legis*.³⁷³ In het bijzonder gaat het om structuren waarin een (buitenlands) lichaam de aandelen wil overnemen in een in Nederland gevestigde vennootschap. Hiertoe richt de feitelijke overnemer allereerst een in Nederland gevestigde tussenhouder (overnameholding) op. Deze wordt gefinancierd met een lening. Met deze gelden verwerft de overnameholding een in Nederland gevestigde, winstgevende werkmaatschappij. Omdat de overnameholding zelf vrijwel geen winst heeft om de rentelasten tegen af te zetten, gaat de overnameholding een fiscale eenheid aan met de overgenomen werkmaatschappij en verrekent haar rentekosten met de winsten van de werkmaatschappij. Op deze wijze financiert de werkmaatschappij haar eigen overname. Deze structuur was vooral aantrekkelijk indien de lening werd verstrekt door een groepsvennootschap die is gevestigd in een tax haven. De rentebaten werden dan immers laag of niet belast.

In paragraaf 6.2 gaf ik aan dat het overnameholdingbeleid voor de fiscus niet in alle situaties het gewenste resultaat bracht. In dat licht werd eind 1996 onder meer art. 10a ingevoerd. Deze bepaling sorteert evenwel geen effect bij externe acquisities. Om dergelijke structuren te treffen is art. 15, lid 4 (nu art. 15ad) ingevoerd. Opge-

371. In deze paragraaf staat evenwel art. 15ad centraal. Separate behandeling van art. 15, lid 4 blijft achterwege. Behoudens situaties die vallen onder het overgangsrecht heeft art. 15, lid 4 zijn betekenis verloren met ingang 1 januari 2003. Voor de behandeling van art. 15, lid 4 verwijs ik naar Van Strien, J.; *Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 252-279 en de daar aangehaalde literatuur.

372. Hierbij merk ik op dat mij – tot BNB 2005/169 – geen arresten bekend zijn ter zake van externe acquisities. De procedure Hof 's-Gravenhage, Infobulletin 95/142 is namelijk ingetrokken.

373. Zie Infobulletin 1986/209 en 1986/271, V-N 1986/1438 en later het Besluit van 1 september 1987, BNB 1987/302.

merkt zij dat art. 15ad geen exacte codificatie is van het overnameholdingbeleid. Deze bepaling is namelijk op bepaalde punten strenger dan het voormalige overnameholdingbeleid en op andere punten minder streng. Zo vindt art. 15ad – in afwijking van de jurisprudentie van de Hoge Raad – ook toepassing, indien de corresponderende rentebaten bij de ontvanger zijn onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Een belangrijke versoepeling ten opzichte van de overnameholdingjurisprudentie is dat rente onbeperkt in aftrek mag worden gebracht op de 'eigen winst' van de overnameholding. Bij onvoldoende eigen winst wordt de renteaftrek niet geschrapt, maar 'getemporiseerd'.³⁷⁴

6.8.2.2 Doel en strekking

Uit de parlementaire geschiedenis valt duidelijk doel en strekking van art. 15ad te destilleren.

In de MvT (van art. 15, lid 4) merkte de wetgever dienaangaande op: *'Reeds een aantal malen is opgemerkt dat de strekking van de regeling is te voorkomen dat de winst van een vennootschap wordt aangewend voor de financiering van haar eigen overname, tenzij sprake is van daadwerkelijke financieringsbehoefte bij de overnemer'*.³⁷⁵ In de Nota navv gaf hij verder aan: *'In veel gevallen bestaat bij de verwerving van de aandelen voor het concern als geheel een reële behoefte aan vreemd vermogen. In de voorstellen wordt alleen de situatie bestreden waarin sprake is van vermogen dat vanuit de tussenhouderster gezien weliswaar als vreemd vermogen moet worden aangemerkt, maar waarbij de overnemende groep als geheel gezien niet of niet voor hetzelfde bedrag vreemd vermogen heeft aangetrokken'*.³⁷⁶

Anders dan bij art. 10a wordt in art. 15ad niet gekeken naar het motief van de rechtshandeling en de daarbij horende financiering, maar slechts naar de financieringswijze voor het concern als geheel. Art. 15ad kent daarom geen tegenbewijsregeling zoals te vinden in art. 10a, lid 3.³⁷⁷ De nog nader te behandelen tegenbewijsregeling van art. 15ad ziet (mede) op het aannemelijk maken dat de acquisitie voor de groep als geheel uiteindelijk is gefinancierd met vreemd vermogen. Indien er derhalve een reële financieringsbehoefte bestaat binnen een concern – en dat ook aannemelijk kan worden gemaakt – kan de rentelast worden afgezet tegen de gehele winst van de fiscale eenheid.

6.8.2.3 Aanpassing temporiseringsbepaling

Met de invoering van het huidige regime fiscale eenheid per 1 januari 2003 zijn tevens art. 15, lid 4 en 5 (oud) herzien. Thans vinden wij deze bepalingen in gewijzigde vorm terug in art. 15ad. Op bepaalde punten is deze bepaling aangescherpt en op

374. Begrippen als 'eigen winst' en 'temporisering' komen hierna nog nader aan de orde.

375. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 28.

376. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 7. In de Nota navv wordt deze opmerking vrijwel letterlijk herhaald, Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

377. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 12.

andere punten heeft een versoepeling plaatsgevonden. Een in het oog springende verscherping betreft het onder het bereik van art. 15ad brengen van een gefinancierde kapitaalstorting. Voorts is de tegenbewijsregeling uitgebreid met een grondslageis in de tegenbewijsregeling. Tevens wordt winst waarop een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is niet langer aangemerkt als 'eigen winst van de overnameholding'. Op deze en andere aanscherpingen kom ik hierna nog terug. Hoewel art. 15, lid 4 is vervangen (en aangescherpt) door art. 15ad, geldt – zoals ik eerder aangaf – de aan art. 15, lid 4 ten grondslag liggende ratio eveneens voor art. 15ad.

Naast de genoemde aanscherpingen is art. 15ad tevens aangescherpt in de zin dat voor toepassing van de temporiseringsbepaling vorderingen ex art. 10, lid 1, onderdeel d worden gelijkgesteld met aandelen.³⁷⁸

6.8.3 *Situaties van temporisering*

6.8.3.1 *Overnameholding*

De renteaftrekbeperking van art. 15ad vindt in de situatie van een overnameholding³⁷⁹ toepassing indien cumulatief is voldaan aan drie voorwaarden:

1. een maatschappij verwerft aandelen in een andere maatschappij;
2. de rente over de lening die de verwerver voor deze verwerving is aangegaan, is rehtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of een natuurlijk persoon³⁸⁰; en
3. tussen de in ad 1 genoemde maatschappijen komt een fiscale eenheid tot stand.

Wanneer is voldaan aan deze drie voorwaarden – en niet een andere renteaftrekbeperking van toepassing is – schrijft art. 15ad voor op welke wijze de renteaftrek kan worden geëffectueerd.

Art. 15ad schrapt geen renteaftrek. Deze bepaling geeft slechts aan op welke wijze de rente dient te worden verrekend. Aldus wordt bepaald dat in het jaar waarin de fiscale eenheid tot stand komt en de zeven daarop volgende jaren de rente kort gezegd slechts mag worden verrekend met de 'eigen winst' van de overnameholding (temporisering).³⁸¹ Dit betekent dat de rentelast in beginsel niet mag worden afgezet tegen de winst van de overgenomen werkmaatschappij of een van de dochterven-

378. In art. 14a, lid 8 en art. 14b, lid 6 ontbreekt een dergelijke aanscherping. Voorts ontbreekt in deze bepalingen een grondslageis.

379. Onder een overnameholding versta ik de situatie waarin één of meer kopende partijen een vennootschap oprichten (de overnameholding), waarmee de aandelen in een (doorgaans niet-verbonden) Nederlandse vennootschap worden verworven. De overnameholding wordt hiertoe in staat gesteld door haar oprichter(s) door het verstrekken van eigen vermogen en vreemd vermogen, vergelijk Van den Tillaart, L.J.A.; De overnameholding nader beschouwd, WFR 2004/760.

380. Rente verschuldigd aan een verbonden natuurlijk persoon valt thans onder het bereik van art. 15ad. Het betreft hier een aanscherping ten opzichte van art. 15, lid 4.

381. Hierna ga ik nog nader in op wat moet worden verstaan onder 'eigen winst'.

nootschappen van de overgenomen vennootschap. Het voorgaande brengt mee dat er gedurende deze periode een fictieve winstsplitsing dient plaats te vinden.

Rente die na de temporiseringsperiode nog niet in aftrek is gekomen, mag na die tijd ten laste van de winst worden gebracht. De wijze waarop de verrekening dient plaats te vinden is weergegeven in art. 2c Uitv.besch. Vpb 1969. Daarin is bepaald dat rente ex 15ad, lid 5 (en art. 14a, lid 8 en 14b, lid 6) die bij het einde van de temporiseringsperiode nog niet in aftrek is gekomen, achtereenvolgens in mindering wordt gebracht op en ten hoogste tot de positieve belastbare bedragen van de volgende jaren.³⁸²

Het is mogelijk temporisering van renteaftrek af te wenden. Hiervoor is het noodzakelijk dat wordt voldaan aan een van de wettelijke tegenbewijsregelingen. Op de werking van dit tegenbewijs ga ik hierna nog nader in.

6.8.3.2 Variaties op de overnameholding

Kenmerk van een overnameholding is dat een overgenomen vennootschap (fiscaal) in wezen zijn eigen overname financiert door middel van een fiscale eenheid. Dit acht de wetgever niet wenselijk en heeft daartegen art. 15ad in de wet opgenomen. Een met een overnameholding materieel vergelijkbare structuur kan evenwel ook op andere manieren tot stand worden gebracht. Hierbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan een juridische fusie. Door een juridische fusie tussen de overnemende en de overgenomen vennootschap kan een situatie worden bereikt die materieel is te vergelijken met een situatie waarin een fiscale eenheid de rentelasten van de overnemer afzet tegen de winsten van de overgenomen partij. Omdat de schuld na de fusie tot hetzelfde vermogen gaat behoren als de winstgenererende onderneming kan – behoudens nadere maatregelen – de rentelast worden afgezet tegen de winsten van de overgenomen onderneming. Ook een juridische splitsing is in dit verband denkbaar, zij het dat een dergelijke structuur minder voor de hand ligt dan varianten op een juridische fusie of een fiscale eenheid.³⁸³

382. Deze temporiseringsbepaling ex art. 2c Uitv.besch. Vpb 1969 geldt met ingang van 1 januari 2004. Daarvoor was onduidelijk hoe verrekening na afloop van de temporiseringsperiode dient plaats te vinden. In de wetsgeschiedenis werd (kort gezegd) aangegeven dat de verrekening van getemporeerde rente in vier gelijke tranches diende plaats te vinden, vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14 (voor art. 15, lid 4) en MvT, TK, 1999-2000, 26 854, blz. 41-42. Deze wijze van verrekening was evenwel niet vastgelegd in een ministeriële regeling zodat het – tot de invoering van art. 2c Uitv.besch – mijns inziens verdedigbaar was om (overigens zonder carry back) alle rente na ommekomst van acht jaar ten laste van de winst te brengen, Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 260. Vergelijk Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR 2003/873.

383. Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 155.

Omdat door een juridische fusie en splitsing een resultaat wordt behaald dat materieel sterk vergelijkbaar is met de overnameholdingstructuur door middel van een fiscale eenheid, zijn met art. 15ad vergelijkbare bepalingen opgenomen in de regelingen voor fusie en splitsing.³⁸⁴ Dit voorkomt dat door gebruik van deze varianten temporisering van renteaftrek wordt ontweken.

Opvallend is dat in art. 14 (bedrijfsfusie) een met art. 15ad vergelijkbare regeling ontbreekt. Kruiswijk meent evenwel dat ook de bedrijfsfusiebepaling een dergelijke temporiseringsbepaling zou moeten kennen. In theorie acht ik het mogelijk dat een verworven vennootschap zijn eigen overname financiert door middel van een bedrijfsfusie. In het klassieke voorbeeld van een nieuw opgerichte overnameholding die wordt gefinancierd en vervolgens een werkmaatschappij overneemt van een niet-verbonden lichaam, acht Albert de ontwijking van temporisering via een bedrijfsfusie niet realistisch.³⁸⁵ Wil er sprake zijn van een bedrijfsfusie, dan dient de overnameholding naast de financieringsschuld tevens een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming over te dragen aan de verworven werkmaatschappij (tegen uitreiking van aandelen), zo merkt hij op. Ik deel deze opvatting van Albert. Het zal namelijk niet snel voor komen, dat door middel van een bedrijfsfusie temporisering wordt gefrustreerd aangezien veelal geen zelfstandig onderdeel van een onderneming overgaat. Desalniettemin blijft de mogelijkheid theoretisch bestaan. Verder is niet zeker of de generieke antimisbruikbepaling van art. 14, lid 4 soelaas biedt voor de fiscus.³⁸⁶ Gelet op het voorgaande lijkt het mij het meest zuiver om ook in art. 14 een temporiseringsbepaling op te nemen.

Hoewel art. 15ad, 14a, lid 8 en 14b, lid 6 hetzelfde doel hebben en 14a, lid 8 en 14b, lid 6 in wezen bestaan om niet via een omweg art. 15ad te frustreren, bestaat er een aantal opmerkelijke verschillen tussen de fiscale eenheidsbepaling enerzijds en de fusie- en splitsingsbepalingen anderzijds. Deze verschillen komen voort uit het feit dat de fusie- en splitsingsbepalingen van oorsprong zijn geënt op art. 15, lid 4 (oud).

Temporisering ingevolge art. 15, lid 4 eindigde (naar alle waarschijnlijkheid) acht jaar nadat alle aandelen in de dochtermaatschappij in het bezit waren gekomen van

384. Zie art. 14a, lid 8 en 9 en art. 14b, lid 6 en 7. In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik in het bijzonder in op de hoofdvorm, te weten art. 15ad. Voornoemde sterk vergelijkbare regelingen ten aanzien van splitsing en fusie vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

385. Albert, P.G.H.; *Renteaftrek in de Wet Vpb 1969*, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 155.

386. Kruiswijk meent dat art. 14, lid 4 geen oplossing biedt, omdat deze bepaling beperkt is tot gevallen van evident misbruik, Kruiswijk, A.; *De bedrijfsfusie: een ondergeschoven kindje?*, WFR 2001/1085. Dit leidt zij af uit de parlementaire geschiedenis, waarin is opgenomen dat deze regeling de implementatie vormt van de anti-ontgaansbepaling uit de fusierichtlijn. Voorts kennen de artikelen betreffende de juridische fusie en splitsing naast een generieke anti-misbruikbepaling ook een temporiseringsbepaling, wat kennelijk wijst op de noodzaak van de aanwezigheid van twee separate bepalingen. Anders De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.3.H, die menen dat een variant van de overnameholding via de bedrijfsfusie kan afstuiten op art. 14, lid 4 omdat sprake is van misbruik. Gelet op BNB 2005/169 betwijfel ik of de visie van De Vries en De Vries de juiste is.

de moedermaatschappij. Uit de wettekst en de parlementaire geschiedenis valt namelijk af te leiden dat het moment van acquisitie het ijkpunt is.³⁸⁷ Deze uitkomst acht ik redelijk. Wanneer de moeder en dochter namelijk niet zijn gevoegd, kan de moedermaatschappij de verliezen die ontstaan door de rentelasten niet gebruiken voor verrekening met winsten van de dochtermaatschappij. Ook na een eventuele voeging is het op grond van SVW 3 (thans ingevolge art. 15ae) niet mogelijk na de voeging, voorvoegingsverliezen van de moeder te verrekenen met winsten van de dochter.³⁸⁸ Bovendien loopt de belastingplichtige die niet direct een fiscale eenheid aangaat met de nieuwverworven dochter, geen achterstand op ten opzichte van een belastingplichtige die wel direct een fiscale eenheid met de door hem verworven dochter aangaat. De door de staatssecretaris geschetste benadering werkt derhalve evenwichtig uit.

Nu art. 14a en 14b zijn geënt op art. 15ad, kennen deze bepalingen een 'echte' bezit-periode van acht jaar. Art. 15ad gaat daarentegen uit van het jaar van voeging en de zeven daarop volgende jaren. Onder omstandigheden werkt art. 15ad derhalve gunstiger uit dan art. 14a en 14b, maar dit kan ook andersom zijn. Art. 15ad neemt als startpunt van de temporiseringsperiode namelijk het moment van voeging, terwijl art. 14a en 14b – evenals het oude art. 15, lid 4 – uitgaan van het moment van het verwerven van de aandelen.³⁸⁹ Dit moment kan vele jaren na de acquisitiedatum liggen. Met het oog op een zo kort mogelijke temporiseringsperiode kan het onder omstandigheden raadzaam zijn juridisch te fuseren in plaats van een fiscale eenheid aan te gaan.

Voorts is het tegenbewijs van de fusie- en splitsingsbepalingen minder zwaar, vanwege het ontbreken van de grondslageis. Ten slotte wijs ik er nog op dat indien een vaste inrichting behoort tot het vermogen van de overnemer, de winst ter zake van zo'n vaste inrichting wel meetelt als eigen winst voor toepassing van art. 14a en 14b, terwijl dat niet het geval is voor art. 15ad. In voorkomende gevallen is een juridische fusie of splitsing vanuit temporiseringsoogpunt dan aantrekkelijker dan een fiscale eenheid.

387. Bij de NvW merkte de staatssecretaris namelijk op: '*Deze termijn, welke acht jaar bedraagt, begint te lopen op het moment dat de overnameholding alle aandelen in de dochter heeft verworven*', NvW, 1995-1996, 24 696, blz. 7.

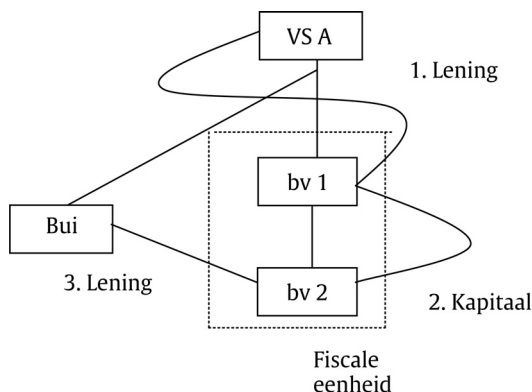
388. In bijzondere situaties (bijvoorbeeld het voegen van een bestaande fiscale eenheid met winst-splitsing in een andere fiscale eenheid) is dit naar de letter van de wet (art. 15ae, lid 1, onderdeel c) wellicht anders, vergelijk Hofman, A.W.; Verrekening van voorvoegingsverliezen in het nieuwe fiscale-eenheidsregime, WFR 2006/519.

389. Handelingen TK, 10 oktober 1996, 24 696, blz. 11-969.

6.8.3.3 Kapitaalstorting

Een belangrijk verschil tussen art. 15ad en art. 15, lid 4 betreft de temporisering van rente ter zake van een lening die verband houdt met een kapitaalstorting.³⁹⁰ Hiermee heeft de wetgever beoogd zogenaamde bv 1-bv 2-structuren tegen te gaan.

In een bv 1-bv 2-structuur verstrekt een in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap VS A een lening aan bv 1. Vervolgens stort bv 1 de ontvangen gelden binnen fiscale eenheid door in bv 2. Ten slotte verstrekt bv 2 een lening aan bijvoorbeeld een in het buitenland gevestigde vennootschap. Op grond van Amerikaanse fiscale regels kan VS er voor kiezen om bv 1 als transparant aan te merken (check-the-box). De eerste lening is vanuit het perspectief van VS A derhalve non-existent. Men ziet alleen een kapitaalstorting door VS in bv 2. Men kijkt immers door bv 1 heen. Bv 2 verstrekt vervolgens een lening aan Bui. Dit betekent dat VS pas belasting gaat betalen op het moment dat bv 2 dividend uitkeert aan bv 1 (= VS A vanuit VS-perspectief). Daarmee wordt aanzienlijk belastinguitstel verkregen, terwijl de rente in beginsel direct ten laste kan worden gebracht van het belastbare resultaat in Nederland. Dit 'kost' in Nederland slechts de belasting over de kleine spread tussen de ingaande en uitgaande lening. Met ingang van 1 januari 2003 is deze structuur evenwel niet meer mogelijk.



Figuur 11: Situatie ex art. 15ad, lid 1

Omdat in art. 15ad de frase 'daaronder begrepen een kapitaalstorting' is opgenomen, vindt art. 15ad ook toepassing in een situatie zoals hiervoor beschreven. Dit betekent

390. In dit verband verwijs ik naar de parlementaire geschiedenis. In de Nota navv merkte de staatssecretaris namelijk op: 'Wordt een nieuwe activiteit in een bestaande vennootschap of in een op te richten vennootschap gebracht, dan zullen additionele middelen in de vennootschap worden gebracht. (...) Een dergelijke inbreng van vermogen, ook al wordt deze gefinancierd door middel van vreemd vermogen valt niet onder de aftrekbeperking van artikel 15, vierde lid. In de wettekst komt dit tot uiting doordat alleen de verwerving van aandelen en niet de kapitaalstorting is opgenomen', Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43.

dat bv 1 de aan VS A verschuldigde rente slechts in aftrek mag brengen op haar eigen winst. Voor zover bv 1 beschikt over onvoldoende eigen winst, wordt de rente getemporiseerd. De door bv 1 betaalde rentelasten kunnen niet worden afgezet tegen de renteontvangsten van bv 2 in het jaar waarin de fiscale eenheid tussen bv 1 en bv 2 tot stand komt en de zeven daarop volgende jaren. De formulering van art. 15ad brengt met zich dat bv 1-bv 2-structuren wel mogelijk blijven voor fiscale eenheden die (kort samengevat) langer dan acht jaar bestaan.³⁹¹

6.8.4 *Temporisering: enige begrippen nader beschouwd*

6.8.4.1 *Bekende begrippen uit winstdrainagewetgeving*

Art. 15ad bevat enkele begrippen, die tevens voorkomen in art. 10a.³⁹² Zo vallen onder 'renten' ook kosten en valutaresultaten. Verder is in art. 15ad ook de frase opgenomen 'rechtens dan wel in feite direct of indirect'. Dit zinsdeel heeft hier hetzelfde doel en dezelfde strekking als in art. 10a. Beoogd is namelijk te voorkomen dat temporisering eenvoudig kan worden ontweken, bijvoorbeeld door het tussenplaatsen van een derde. Verder zijn in art. 15ad de begrippen 'verbonden lichaam' en 'verbonden natuurlijk persoon' opgenomen. In dit verband verwijzen art. 10a, lid 4 en lid 5 tevens naar art. 15ad.

Ten slotte kent art. 15ad de frase 'verband houden met'. Evenals voor art. 10a wordt bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een verband niet louter gekeken naar een historisch verband.³⁹³ Hierdoor kan de omzetting van externe leningen naar interne leningen en omgekeerd besmetting respectievelijk ontsmetting met zich brengen. Ten slotte kan mijns inziens ook door een vervreemding van de aandelen van de werkmaatschappij ontsmetting van de lening ontstaan. Overigens blijkt dit niet direct uit de wettekst. De lening houdt oorspronkelijk namelijk wel verband met de verwerving van aandelen, maar na de vervreemding van de aandelen is dit niet langer het geval.³⁹⁴ Dit zou mijns inziens slechts anders zijn in bepaalde uitzonderingssituaties, bijvoorbeeld in de situatie dat de ontvangen gelden voor de verkochte werkmaatschappij worden aangewend voor de aankoop van een nieuwe dochter, die vervolgens wordt gevoegd. Verder valt te denken aan situaties waarin de onderneming van de werkmaatschappij binnen fiscale eenheid is overgedragen (al dan niet tegen uitreiking van aandelen) en de resterende lege bv vervolgens wordt

391. In gelijke zin Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 269.

392. Om de omvang van dit onderzoek beperkt te houden, verwijs ik voor een verdere behandeling van deze begrippen naar paragraaf 6.4 en 6.6.

393. Vergelijk paragraaf 6.7.2.3. In dit verband verwijs ik nog naar de Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43. Daarin wordt ter illustratie aangegeven dat ook sprake kan zijn van een verband indien de lening wordt aangegaan na de verwerving van de aandelen.

394. Vergelijk in dit verband Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 699.

verkocht.³⁹⁵ In ieder geval lijkt een dergelijke benadering mij in lijn met de ratio van de regeling. Voor de situatie van een liquidatie verdedigt Kemmeren voorts dat temporisering niet langer toepassing kan vinden.³⁹⁶ De wetgever staat evenwel een materiële toetsing voor.³⁹⁷

Indien de visie van de wetgever juist is, roept dit mijns inziens uitvoeringsproblemen op. De stelling van Kemmeren lijkt – hoewel in strijd met de ratio – te worden gesteund door de wettekst. Naar de letter van art. 15, lid 4 is temporisering na liquidatie niet meer mogelijk, aangezien er vanwege de liquidatie van de dochtermaatschappij geen fiscale eenheid meer bestaat tussen de moeder en haar dochter. Voor art. 15ad geldt mutatis mutandis hetzelfde.

De frase 'slechts in aftrek tot het bedrag dat de winst van de fiscale eenheid zou hebben belopen zonder rekening te houden met het aan die andere maatschappij (...) toe te rekenen deel daarvan' brengt mijns inziens mee, dat strikt genomen temporisering niet meer aan de orde kan komen.

Een eindafrekening bij de dochtermaatschappij ex art. 8, lid 1 juncto art. 3.61 Wet IB 2001 geldt evenmin.

Voor het oude regime fiscale eenheid is namelijk bepaald, dat de fiscale eenheid ingevolge SVW 10 niet met terugwerkende kracht verbreekt. Het splitsingstijdstip is namelijk gedefinieerd als: *'het tijdstip waarop de toepassing van vorenvermelde bepaling (art. 15, JvS) anders dan door ontbinding en vereffening van een dochtermaatschappij een einde neemt'*.³⁹⁸ Voor het huidige regime fiscale eenheid geldt mijns inziens hetzelfde. Art. 15aa, lid 1, onderdeel c definieert bepaalt immers als ontvoegingstijdstip het tijdstip waarop een fiscale eenheid ten aanzien van een belastingplichtige anders dan door ontbinding en vereffening van een dochtervennootschap wordt beëindigd.

Kemmeren ziet geen ruimte meer om voornoemde structuur te bestrijden met *fraus legis*. Ik acht een beroep op *fraus legis* daarentegen niet volledig kansloos. Het standpunt van de wetgever in de MvA is immers duidelijk en de structuur is evident in strijd met de ratio.

395. In dergelijke situatie vindt in beginsel art. 15ai toepassing, maar deze bepaling doet geen opgeld bij vervreemding na drie respectievelijk zes jaar. Voorts wijs ik in dit verband nog op art. 15ah, lid 2.

396. Kemmeren, E.C.C.M.: Het nieuwe art. 15, vierde lid, Wet Vpb. 1969 bij voorbaat geliquideerd, FED1996/574.

397. Vergelijk in dit verband MvA, 1996-1997, 24 696, blz. 9-10: *'Gedurende de periode waarop artikel 15, vierde lid, van toepassing is vindt ter zake een materiële toets plaats. Voor zover vermogensbestanddelen van die dochtermaatschappij ook na de vervreemding van de aandelen in die dochtermaatschappij dan wel de liquidatie van die dochtermaatschappij bij de fiscale eenheid achterblijven, brengt de ratio van artikel 15, vierde lid, mee dat de temporisering onverkort van toepassing blijft'*.

398. Vergelijk in dit verband tevens HR 4 juni 1986, BNB 1986/282 (inzake art. 13d).

6.8.4.2 Eigen winst

Managementfees e.d.

Hiervoor werd reeds duidelijk dat het voor de berekening van eventuele te temporiseren rente van belang is tegen welke eigen winst de rentelast mag worden afgezet. Ook een zakelijke managementvergoeding die de overnameholding berekent aan een nieuw verworven dochtervennootschap kan een onderdeel vormen van de eigen winst van de overnameholding. Dergelijke managementfees kunnen – na aftrek van de gemaakte kosten en mits zakelijk verantwoord – worden aangewend om rentelasten tegen af te zetten. Mutatis mutandis geldt mijns inziens hetzelfde voor vergoedingen voor andere diensten, zoals huurpenningen en vergoedingen betaald voor het verlenen van onder meer marketing- en administratieve diensten. Omdat tegenover de managementfees en huuropbrengsten etc. normaliter ook kosten staan, is de eigen winst uit dergelijke inkomsten veelal beperkt.

Overheveling winstcapaciteit

Temporisering komt aan de orde indien de overnameholding te weinig eigen winst heeft.³⁹⁹ In beginsel kan temporisering worden afgewend door het overhevelen van winstcapaciteit van de overgenomen vennootschap naar de overnameholding. In de MvT bij art. 15, lid 4 is door de wetgever aangegeven, dat de gevolgen van dergelijke overbrengingen worden geëlimineerd bij de zelfstandige winstberekening van de overnameholding.⁴⁰⁰ In een ministeriële regeling zou nader worden aangegeven op welke wijze deze zelfstandige winstberekening diende plaats te vinden. Voor toepassing van art. 15, lid 4 is een dergelijke regeling niet verschenen. Voor art. 15ad is wel duidelijk hoe de winstsplitsing dient plaats te vinden. Hiervoor wordt namelijk aangesloten bij art. 15ah. Deze bepaling regelt voor onder meer art. 15ad wat moet worden verstaan onder 'de aan een maatschappij toe te rekenen winst'. Overhevelen van winstcapaciteit leidt daarom in beginsel niet tot het gewenste resultaat.

Andere maatschappijen

Onder 'eigen' winst versta ik niet alleen winst van de overnameholding (of de kapitaalstorting⁴⁰¹). Indien een overnameholding ten tijde van de overname reeds is gevoegd met een of meer werkmaatschappijen, wordt de winst van deze vennootschappen in beginsel ook aangemerkt als eigen winst. Voor art. 15, lid 4 betekent deze benaderingswijze dat het (fiscaal) veel aantrekkelijker is om een acquisitie van een houdstermaatschappij met een aantal werkmaatschappijen gefaseerd te laten plaatsvinden.

De wetgever meent evenwel dat door de acquisitie te gieten in de vorm van volgtijdige overnames, toepassing van art. 15, lid 4 niet kan worden ontlopen: *'Nog afgezien van het antwoord op de vraag of dit bedrijfseconomisch een aantrekkelijke optie is, leidt een fiscaalrechtelijke waar-*

399. Voor de gefinancierde kapitaalstorting geldt mutatis mutandis hetzelfde.

400. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 28.

401. Hieronder ga ik in het bijzonder in op de overnameholding. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de vennootschap die een gefinancierde kapitaalstorting doet.

dering van grote overnames die worden vormgegeven als een aantal volgtijdige verwervingen onder zodanige omstandigheden dat sprake is van een samenhangende reeks, ertoe dat deze voor de toepassing van de onderhavige bepaling als één verwerving worden gewaardeerd'.⁴⁰²

Hoewel de ratio van deze opmerking van de wetgever helder is, is het de vraag hoe hij dit meent te effectueren.⁴⁰³ De bewijslast voor een de aanwezigheid van een samenhangende reeks van verwervingen ligt namelijk bij de inspecteur.⁴⁰⁴

Met de invoering van art. 15ad zijn wat dat betreft de rollen niet omgedraaid. De winst van de overnameholding wordt namelijk bepaald zonder rekening te houden met de overgenomen maatschappij en de maatschappijen waarin die maatschappij ten tijde van de verwerving een belang had, als bedoeld in art. 10a, lid 4. De frase 'ten tijde van de verwerving' impliceert dat indien een structuur van onderaf wordt overgenomen – dus eerst de laagst hangende vennootschap en vervolgens de vennootschap die daarboven hangt etc. – volgtijdige overname mogelijk blijft. De verworven vennootschap heeft immers ten tijde van de verwerving geen belang ex art. 10a, lid 4. Op het moment van verwerven is dit immers de laagst hangende vennootschap. Volgtijdige overnames zijn derhalve in beginsel nog steeds mogelijk zonder toepassing van art. 15ad.

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever het volgende antwoord gegeven op de vraag, of het in overeenstemming is met de ratio van art. 15ad om besmette rente in aftrek te brengen op de winst van onbesmette maatschappijen die tot de fiscale eenheid behoorden ten tijde van de verwerving van de besmette maatschappij en op de winst van maatschappijen die na dat tijdstip tot de fiscale eenheid zijn gaan behoren: *'Voor zover het gaat om de winst van maatschappijen die tot de fiscale eenheid behoorden ten tijde van de verwerving van de "besmette" maatschappij, onderschrijf ik deze zienswijze. Met betrekking tot de winst van maatschappijen die na dat tijdstip tot de fiscale eenheid zijn gaan behoren, onderschrijf ik deze zienswijze echter niet zonder meer (onderstreping JvS). Ook in de laatstgenoemde situatie moet im-*

402. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 28. Wat dient te worden begrepen onder 'zodanige omstandigheden' is mij evenwel niet geheel helder.

403. Vergelijk ook Sillevius, L.W. & De Vries N.H.; *Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting*, Gouda Quint bv, Deventer, 2.18. C, k.3, IV.

404. Het lijkt mij voor een inspecteur geen sinecure om te bepalen, wanneer er voor een multinational – die regelmatig vennootschappen overneemt – sprake is van een samenhangende reeks verwervingen. Het fusie- en overnamebeleid van een multinational maakt namelijk veelal deel uit van een strategie, die in de hoogste echelons van die groep wordt bepaald. Hierbij speelt de fiscaliteit niet zelden slechts een ondergeschikte rol. Daarbij is het niet ondenkbeeldig dat de raad van bestuur, om hem moverende redenen van bedrijfseconomische aard, kiest voor een geleidelijke overname. Te denken valt aan het voorkomen van integratieproblemen en een geleidelijke overname omdat middelen ontbreken of omdat in eerste aanleg slechts interesse bestaat voor één tak. Dergelijke beslissingen worden veelal in het buitenland genomen. In Nederland wordt slechts uitvoering gegeven aan het van hoger hand opgelegde beleid. Dit betekent dat niet altijd de benodigde informatie aanwezig is in Nederland. Of het buitenlandse moederconcern de strategisch gevoelige informatie ten behoeve van de belastingheffing van een Nederlandse (achterklein)dochter aan de inspecteur ter beschikking wil stellen, is mijns inziens – ondanks de druk van art. 47a AWR – zeer de vraag.

mers voorkomen worden dat de overname van de "besmette" maatschappij indirect wordt gefinancierd met van haar zelf afkomstige middelen'.⁴⁰⁵

In de MvA merkte de wetgever dienaangaande verder op: 'De Orde vraagt wanneer de getemporeerde rente van artikel 15ad kan worden verrekend met de winsten van maatschappijen die na de verwerving van de "besmette" overgenomen maatschappij tot de fiscale eenheid gaan behoren. (...) Van belang is bijvoorbeeld ook het tijdsverloop tussen de verwerving van de later gevoegde deelneming, de verwerving van de "besmette" maatschappij en de tijdstippen van voeging, waaruit mogelijk kan worden afgeleid dat sprake is van met elkaar samenhangende transacties. Voorkomen moet immers worden dat de overname van de "besmette" maatschappij in combinatie met een eerdere of latere voeging van een deelneming leidt tot uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag (onderstrepingen JvS)'.

Peeters meent uit deze passage te kunnen afleiden dat kruislingse verrekening niet mogelijk is.⁴⁰⁶ Hier ben ik het slechts ten dele mee eens.

Indien er geen sprake is van samenhangende transacties, maar werkmaatschappij X – op moment 1 – wordt verworven en gevoegd met de overnameholding M en vervolgens werkmaatschappij Y wordt verworven (die geen enkele relatie heeft met X) die ook wordt gevoegd, dan is de situatie mijns inziens de volgende. M mag de rente die verband houdt met de acquisitie van X verrekenen met haar eigen winst en de winst van Y, maar niet met die van X. M mag de rente die verband houdt met de acquisitie van Y verrekenen met haar eigen winst en de winst van X, maar niet met die van Y.⁴⁰⁷ Als de acquisitie van X en Y samenhangende transacties zijn – X was bijvoorbeeld een dochter van Y – dan mag M de rente ter zake van beide acquisities slechts verrekenen met haar eigen winst en niet met de winst van X en Y.

Kruislingse verrekening is in mijn opinie derhalve in beginsel mogelijk. De Vries en De Vries merken terecht op dat art. 15ad door deze kruislingse verrekening sterk aan betekenis inboet.⁴⁰⁸

Geen winst van een vaste inrichting

Bij het bepalen van de eigen winst, wordt de winst waarop een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, buiten aanmerking gelaten. De wetgever vindt het namelijk onevenwichtig dat bijvoorbeeld de winst van de overgenomen maatschappij beschikbaar zou zijn ter effectuering van een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse winst van een andere fiscale eenheidsmaatschappij, terwijl die buitenlandse winst beschikbaar is geweest

405. Nota navv, TK, 2000-2001, 26 854, blz. 38.

406. Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

407. Vergelijk Heithuis, E.J.W.; Herziening regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/287. Voor een cijfermatige uitwerking zij in dit verband verwezen naar Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 138-139. Anders Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 701.

408. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.9.5.E,c2,V.

om de renteaftrek te effectueren.⁴⁰⁹ Overigens werd dergelijke buitenlandse winst voor toepassing van art. 15, lid 4 waarschijnlijk wel aangemerkt als eigen winst.⁴¹⁰ Er van uitgaande dat (vrijgestelde) vi-winsten wel in aanmerking worden genomen voor toepassing van art. 15, lid 4, heeft er bij de invoering van art. 15ad een verscherping opgetreden ten opzichte van het oude regime.

6.8.4.3 Eigen winst bij kapitaalstorting

Op voorhand is niet geheel duidelijk, hoe de zelfstandige winstbepaling voor toepassing van de gefinancierde kapitaalstorting dient te worden toegepast. Gelet op de tekst lijkt de winst van het kapitaalontvangende lichaam plus de winst van de vennootschappen waarin de kapitaalontvanger een belang had ex art. 10a, lid 4 te worden uitgesloten.⁴¹¹

Geheel duidelijk is dit overigens niet, aangezien art. 15ad, lid 1 luidt: '(...) zonder rekening te houden met het aan de andere maatschappij en de maatschappijen waarin die maatschappij ten tijde van de verwerving (onderstreping JvS) een belang had als bedoeld in artikel 10a, vierde lid (...)’.

Peeters merkt op dat het laatste deel van deze frase voor de kapitaalstorting moet worden gelezen als ‘en de maatschappijen waarin die maatschappij ten tijde van de kapitaalstorting (onderstreping JvS) een belang had als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, toe te rekenen deel daarvan’. De Vries en De Vries zien evenwel geen enkele reden om tot een dergelijke uitleg over te gaan.⁴¹² Zij menen dat deze slordige redactie voor rekening van de wetgever moet komen door in overeenstemming met doel en strekking van art. 15ad slechts de winst buiten beschouwing te laten van het lichaam binnen de fiscale eenheid waarin het kapitaal is gestort.

Deze opvatting van De Vries en De Vries deel ik evenwel niet. Een andersluidende uitleg volgt namelijk mogelijk uit de tekst van art. 15ad, lid 1.

Lid 1 begint met: ‘Rente (...) ter zake van geldleningen die verband houden met de verwerving door een maatschappij van aandelen – daaronder begrepen een kapitaalstorting (onderstreping JvS) – in een andere maatschappij (...)’.

409. Vergelijk MvT, TK, 1999-2000, 26 854, blz. 40-41. Hier geeft de wetgever ook een cijfermatige uitwerking.

410. Anders Peeters, P.J.J.M.; Renteaftrektemporisering: is er nog wel sprake van uitstel?, WFR 2002/605.

411. Vergelijk Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309 en ook Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

412. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.9.5.E,c2,IV. Vergelijk in dit verband tevens Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309 en Kok, Q.W.J.C.H.; Temporisering van renteaftrek, TFO 2003/181.

Waar het in art. 15ad, lid 1 gaat over een verwerving, wordt hieronder kennelijk ook een kapitaalstorting begrepen. Het is vervolgens de vraag of deze wettekst ook redelijk uitwerkt. Bij een gefinancierde kapitaalstorting is dit mijns inziens niet het geval.

De uitsluiting van de winst van de kapitaalontvanger is namelijk niet beperkt tot het deel van de winst dat voortkomt uit de met de kapitaalstorting verkregen gelden. Ook de 'oude' winst van de kapitaalontvanger en die van onderliggende vennootschappen wordt uitgesloten van verrekening. Anders dan voor de overnameholding ontgaat mij voor de gefinancierde kapitaalstorting het doel van de deze volledige uitsluiting. Deze winst hoorde immers voor de kapitaalstorting al toe aan belastingplichtige/kapitaaltortster. Na de kapitaalstorting verdwijnt al deze winst als 'eigen' winst. Deze uitsluiting acht ik onredelijk en ik kan hiervoor geen valide reden bedenken.⁴¹³ Het lijkt mij daarom redelijk om op zijn minst een tegenbewijsregeling in het leven te roepen. Deze zou kunnen bepalen dat temporisering niet aan de orde komt voor zover belastingplichtige aannemelijk kan maken (en niet doet blijken) dat de winst verband houdt met het oude kapitaal. Dit levert ongetwijfeld bewijsproblemen op, maar kan in voorkomende gevallen wellicht zorgen voor verlichting.

6.8.5 Tegenbewijs

6.8.5.1 Algemeen

In de vorige paragrafen ben ik (onder meer) ingegaan op de vraag onder welke voorwaarden en op welke wijze temporisering toepassing vindt. In de leden 1 en 2 (en in mindere mate lid 5) van art. 15ad worden dienaangaande de hoofdregels gevonden. In de leden 3 en 4 zijn de tegenbewijsregelingen geformuleerd. In deze paragraaf ga ik nader in op de mogelijkheden tot tegenbewijs. Hieruit wordt mede duidelijk dat de temporisering ten aanzien van een overnameholding andere mogelijkheden voor tegenbewijs kent dan de gefinancierde kapitaalstorting.

Tegen temporisering van renteaftrek in een situatie van een overnameholding staan belastingplichtige (kort samengevat) de volgende twee tegenbewijsmogelijkheden open. Beperking van renteaftrek komt niet aan de orde indien belastingplichtige aantoonst dat het concern waartoe belastingplichtige behoort als geheel gezien extern geld heeft opgenomen om de acquisitie te financieren. Tot zover lijkt deze tegenbewijsregeling op de oude bepaling art. 15, lid 5. Met de invoering van art. 15ad is deze oude tegenbewijsregeling aangescherpt met een grondslageis. Indien deze vorm van tegenbewijs niet kan worden geleverd, komt temporisering van renteaftrek voorts niet aan de orde bij bepaalde bedrijfsoverdrachten, mits wordt voldaan aan de in art. 15ad, lid 3, onderdeel c (of lid 4) genoemde vereisten.

413. De enige denkbare reden is een praktische; hoe kun je bepalen welke winst verband houdt met het oude kapitaal en welk deel met het nieuwe kapitaal, vergelijk Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

6.8.5.2 *Tegenbewijs overnameholding: criteria*

Het in art. 15ad, lid 3, onderdeel a opgenomen tegenbewijs bestaat uit de volgende twee (cumulatieve) onderdelen die belastingplichtige moet doen blijken:

1. de rente wordt bij de crediteur betrokken in de grondslag van een belasting naar de winst of naar het inkomen, uiterlijk in het jaar dat volgt op het jaar waarin deze rente is verschuldigd, **en**
2. de crediteur (verbonden lichaam of natuurlijk persoon) heeft met het oog op de verwerving van de aandelen een lening aangetrokken van een niet-verbonden lichaam.

Hierna komen deze twee onderdelen separaat aan bod.

6.8.5.3 *Ad 1: grondslageis**Grondslageis voor overnameholdings*

Art. 15ad is ten opzicht van haar voorloper art. 15, lid 4 aangescherpt; ook gefinancierde kapitaalstortingen vallen nu onder de temporiseringsbepaling. In verband hiermee is tevens de tegenbewijsregeling aangepast. Deze aanscherping ziet in het bijzonder op het attaqueren van de in paragraaf 6.8.3.3 beschreven bv 1-bv 2-structuren. De aanscherping van de tegenbewijsregeling is evenwel niet beperkt gebleven tot dit doel. Ook voor de overnameholding geldt thans – in combinatie met de eis van externe financiering – de grondslageis. Dit is door de wetgever evenwel ook als zodanig beoogd.

Vergelijk de wetgever in de Nota navv in de Eerste Kamer: *‘Het is uiteraard niet ondenkbaar dat zich in de praktijk ook andere constructies kunnen voordoen dan de bekende BV1/BV2 constructie, waarbij eveneens sprake is van jarenlang uitstel van belastingheffing over rente die binnen een fiscale eenheid in aftrek wordt gebracht. Die vallen dan ook onder het bereik van artikel 15ad’.*⁴¹⁴

De beperkte motivering van de wetgever voor het invoeren van een grondslageis voor de overnameholding acht ik opmerkelijk.⁴¹⁵ In de parlementaire geschiedenis van art. 15, lid 4 huldigde de wetgever namelijk expliciet een geheel ander standpunt.

‘De externe overname zelf zal in beginsel een transactie zijn waaraan zakelijke motieven ten grondslag liggen. In de voorgestelde bepaling is dan ook niet het motief van de overname aan de orde, maar slechts de fiscale presentatie van de financiering van de overname. (...) De regeling heeft met andere woorden tot doel te voorkomen dat de winsten van een vennootschap worden aangewend voor de financiering van haar eigen overname, tenzij sprake is van werkelijke finan-

414. Nota navv, EK, 2002-2003, 26 854, blz. 1.

415. In gelijke zin Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309, Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR, 2003/873 en Peters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

cieringsbehoefte bij het overnemende concern. De vraag of de rente bij het ontvangende lichaam in een compenserende heffing wordt betrokken, is bij deze vorm van de uitholling van de grondslag niet van belang, omdat de rente-aftrek niet wordt geschrapt, maar wordt getemporiseerd'.⁴¹⁶

Gelet op het voorgaande heeft een aanzienlijke gedachteomslag plaatsgevonden bij de vervanging van art. 15, lid 4 door art. 15ad. Thans is (de) heffing bij de crediteur wel van belang. Mij is niet helder waar deze omslag uit voortkomt en op welke constructies de wetgever doelt. Mogelijk doelt hij op een reeds voor de invoering van art. 15, lid 4 geconstateerde structuur.⁴¹⁷

In deze structuur leent een groepsmaatschappij extern geld, met het oog op een Nederlandse overname. Vervolgens stelt deze maatschappij de gelden als eigen vermogen ter beschikking aan een verbonden lichaam in een tax haven. Dit lichaam leent op zijn beurt de gelden door aan de Nederlandse overnameholding. In een dergelijke situatie werd voldaan aan het in art. 15a, lid 5, onderdeel a geformuleerde tegenbewijs. Deze structuur kwam tevens aan de orde in de parlementaire geschiedenis. Dienaangaande merkte de wetgever op: *'Momenteel doet het zich in de praktijk nog niet vaak voor dat overnames van Nederlandse werkmaatschappijen worden gefinancierd met concernleningen vanuit belastingparadijzen. Voor zover dergelijke overnames zich wel hebben voorgedaan worden zij onder het huidige uitvoeringsbeleid bestreden. Concrete gevallen hebben nog niet tot jurisprudentie geleid. Tegen die achtergrond wordt de wetgeving thans op dit punt niet aangepast'.⁴¹⁸*

Indien op de tax haven in het geheel geen belasting wordt geheven naar winst of inkomen, vallen rentebaten in beginsel niet in de grondslag. Daarmee worden dergelijke structuren door art. 15ad, lid 1 getroffen, terwijl art. 15ad, lid 3, onderdeel a geen uitkomst biedt vanwege de grondslageis.⁴¹⁹ Indien de wetgever dergelijke structuren voor ogen had bij de invoering van art. 15ad dan zou – gelet op de gewijzigde koers – een nadere toelichting op zijn plaats zijn geweest.

CFC-wetgeving

Indien CFC-wetgeving van toepassing is, vallen de rentebaten in de grondslag van een belastingheffing naar winst of inkomen. Dit gebeurt evenwel niet bij de feitelijke crediteur zoals art. 15ad, lid 3, onderdeel a, sub 1 vereist, maar bij diens aandeelhouder. Naar de letter van de wet wordt derhalve niet voldaan aan het tegenbewijs. Voor toepassing van art. 10a kwalificeert heffing op basis van CFC-wetgeving onder voorwaarden als compenserende heffing.⁴²⁰ De ratio van (het tegenbewijs van) art. 15ad

416. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

417. Sillevius, L.W. & De Vries, N.H.; Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer, 2.18. C, k.3, IV.

418. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 9-10. In de Nota navv kwam deze kwestie wederom aan de orde. *'Het zal duidelijk zijn dat mocht het uitvoeringsbeleid, al dan niet op onderdelen, ontoereikend blijken te zijn, aanpassing van de regelgeving maatwerk zal vereisen'*, Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43.

419. Indien in de tax haven de rentebaten zijn onderworpen aan een heel bescheiden belastingheffing dan is aan de tegenbewijsregel overigens wel voldaan.

420. Vergelijk Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 8.

brengt mijns inziens mee dat dit tevens geldt voor toepassing van art. 15ad.⁴²¹ De tekst van art. 15ad, lid 1 lijkt ook enigszins in die richting te wijzen.

In dit verband wijs ik naar de volgende opmerking van de wetgever bij de parlementaire behandeling van art. 10a: *'Ook in de situaties waarin rente-inkomsten bij de ontvanger in de belastinggrondslag van een bepaald jaar zijn begrepen en die rente-inkomsten bij een verbonden lichaam op grond van CFC-wetgeving in de belastinggrondslag van datzelfde jaar zijn begrepen, maar dit bij dat verbonden lichaam pas in een later jaar (onderstreping JvS) via een aanslag wordt geformaliseerd, acht ik nog een voldoende verband (voor toepassing van het tegenbewijs, JvS) aanwezig'*.⁴²²

Gelet op voorgaande ben ik van mening, dat art. 15ad, lid 3, onderdeel a, sub 1 als volgt zou moeten worden aangepast (aanpassing *schuin* weergegeven): *'de rente, bedoeld in het eerste lid, wordt bij de schuldeiser of een daarmee verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon in de grondslag betrokken van een belasting naar de winst of het inkomen, uiterlijk in het jaar dat volgt op het jaar waarin deze rente verschuldigd is'*.⁴²³

Ontwijking

Een belangrijke reden voor de aanscherping van art. 15, lid 4 is het tegengaan van bv 1-bv 2-structuren. Met de invoering van de grondslageis is de attractiviteit van de oorspronkelijke structuur voor een belangrijk deel verdwenen. Zo staat tegenover belastinguitstel in de Verenigde Staten nu uitstel van renteaftrek in Nederland.

Het is overigens de vraag hoe succesvol de Nederlandse reparatie is. De grondslageis dient namelijk bruto te worden ingevuld. Dit betekent dat corresponderende rentelasten of compensabele verliezen geen nadelige gevolgen hebben voor het te leveren

421. Ook Van der Linden is deze mening toegedaan, Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309.

422. MvA, EK, 1995-1996, 24 696, blz. 6. Overigens zou art. 15ad – als een heffing ingevolge CFC als tegenbewijs geldt – soepeler uitpakken dan art. 10a. Voor toepassing van art. 10a dient de rente namelijk wel in het jaar van ontvangst door de crediteur bij de moeder in de grondslag te worden begrepen. Voor art. 15 ad mag dit ook een jaar later zijn.

423. Overigens zal een dergelijke bepaling in de praktijk niet zelden tot bewijsproblemen leiden. Belastingplichtige dient namelijk aan de hand van buitenlandse formulieren te doen blijken dat de rentebaten in de buitenlandse grondslag worden begrepen. Deze formulieren – zoals die bijvoorbeeld horen bij Amerikaanse Subpart F-wetgeving – zijn de inspecteur en de rechter veelal vreemd en zijn bovendien in een vreemde taal opgesteld, wat de bewijspositie van belastingplichtige niet vereenvoudigt. Daarnaast zij nog gewezen op de gevolgen van het in geding zijn van de belastbaarheid van rente ingevolge CFC-wetgeving, omdat de buitenlandse aandeelhouder bestrijdt dat deze wetgeving toepassing vindt. In zo'n situatie kan niet worden voldaan aan het tegenbewijs en is het de vraag of belastingplichtige – bij verlies van de procedure door de buitenlandse aandeelhouder – nog een ambtshalve vermindering zal krijgen.

tegenbewijs.⁴²⁴ Deze conclusie lijkt zelfs met zich te brengen dat de grondslageis relatief eenvoudig te omzeilen is. Dit kan namelijk door tussen de Nederlandse moedermaatschappij/debiteur en de in een tax haven gevestigde crediteur een doorstroomlichaam te plaatsen. Hierbij is wel van belang dat het een doorstroomvennootschap betreft, waarvan de rente wordt onderworpen aan een belastingheffing naar winst of inkomen.⁴²⁵ Indien dit het geval is, wordt mijns inziens voldaan aan de grondslageis.⁴²⁶ Daarmee is temporisering van renteaftrek voor bv 1-bv 2-structuren afgewend.⁴²⁷ Voor de prijs van de belasting over een rentespread blijft temporisering van renteaftrek dan buiten toepassing. Voor overnameholdings geldt nog wel de eis van externe financiering.

Indien de wetgever het voorgaande als een lek zou beschouwen en dit zou willen dichten, dan lijkt mij de suggestie van Peeters een goede oplossing. Peeters stelt namelijk voor om in plaats van 'de schuldeiser' op te nemen 'de uiteindelijke schuldeiser'.⁴²⁸ Deze aanpassing zou moeten worden opgenomen in zowel art. 15ad, lid 3, onderdeel a, sub 1 als lid 3, onderdeel b, sub 1.

Ook het verschil in tegenbewijs tussen de overnameholding en de gefinancierde kapitaalstorting brengt het risico van ontwijking met zich. Indien namelijk een over-

424. Dienaangaande merkte de wetgever op: 'Voorts kan ik bevestigen dat de zinsnede "in de grondslag betrokken" bruto moet worden opgevat. Het vormt dus geen belemmering voor het toepassen van de tegenbewijsregeling als de in de Verenigde Staten gevestigde crediteur een schuld aangaat, waarvan de rente in mindering komt op de grondslag van de aldaar verschuldigde belasting. Evenmin vormt het een belemmering als de Verenigde Staten een "credit" verlenen die op de verschuldigde belasting in mindering komt' reactie staatssecretaris op commentaar NOB van 22 juni 2001, Voorstel van wethoudende wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 c.a. (herziening regime fiscale eenheid) (nr. 26 854) V-N 2001/45.19.

425. Indien landen bepalingen kennen zoals art. 8c werkt de structuur normaliter niet indien het een pure doorstroomvennootschap betreft.

426. Dit punt is in de literatuur reeds meermalen aan de orde geweest, in het bijzonder voor bv 1-bv 2-structuren, vergelijk Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309, Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR, 2003/873 en Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

427. Hoewel de bv 1-bv 2-structuur in beginsel mogelijk blijft, is het de vraag of dergelijke structuren via Nederland blijven lopen. Na de aanscherping van art. 15, lid 4 heeft Luxemburg namelijk zijn fiscale eenheidregime versoepeld in de zin dat thans vergelijkbare structuren mogelijk zijn onder Luxemburgs recht, zonder grondslageis. In zoverre is een Luxemburgse structuur wat aantrekkelijker, aangezien daar maar een keer een spread hoeft te worden betaald (namelijk het verschil tussen de rente die Luxemburg in gaat en de rente die Luxemburg uit gaat) terwijl voor een Nederlandse structuur een dubbele spread nodig is:

- een spread op de in Nederland ingaande en uitgaande rente; en
- een spread op de ingaande en uitgaande rente bij de doorstroomvennootschap.

Het hangt daarom van andere factoren (zoals belastingtarief, vereiste hoogste van de spread, etc.) af welke structuur het meest gunstig is.

428. Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

nameholding wordt opgericht die een 'lichte' werkmaatschappij overneemt en deze vervolgens financiert met kapitaalstortingen, heeft de moedermaatschappij te maken met twee verschillende soorten tegenbewijs.⁴²⁹ Ten eerste is er de relatief zware vorm van tegenbewijs voor de rente ter zake van de lening die verband houdt met de overname van de werkmaatschappij. Daarnaast geldt de minder zware vorm van tegenbewijs voor de kapitaalstorting. Het kan in voorkomende gevallen derhalve (fiscaal) aantrekkelijker zijn om een relatief lichte werkmaatschappij te verwerven en deze vervolgens van voldoende eigen vermogen te voorzien door een kapitaalstorting.⁴³⁰ Peeters merkt nog op dat voor beide leningen wellicht het zwaardere tegenbewijs geldt. Dit is het geval indien kan worden vastgesteld dat de lening die formeel verband houdt met de kapitaalstorting, in wezen verband houdt met de verwerving van de aandelen. In situaties waarin het evident is dat de opzet is gericht op het ontwijken, dient mijns inziens inderdaad de zwaardere vorm van tegenbewijs te gelden. Hiervoor biedt de tekst van de wet ook ruimte, omdat de lening in wezen verband houdt met de acquisitie van de aandelen.

Naast het risico dat Peeters signaleert, bestaat er mijns inziens nog een (beperkt) tweede risico. Art. 10a, lid 2, onderdeel b beperkt namelijk de rente ter zake van een gefinancierde kapitaalstorting. Niet duidelijk is of art. 10a, lid 2, onderdeel b ook toepassing kan vinden binnen fiscale eenheid. Dit is niet waarschijnlijk, maar gelet op art. 10a, lid 4, onderdeel d is dit niet volledig uit te sluiten. Belastingplichtige is namelijk M bv die kapitaal stort in D bv, een lichaam dat met M bv deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Het is niet volledig ondenkbaar dat ter zake van een gefinancierde kapitaalstorting pas aan art. 15ad wordt toegekomen nadat art. 10a is gepasseerd. Mijns inziens klopt deze benadering echter niet, aangezien de werkzaamheden en het vermogen van de dochter door art. 15 worden toegerekend aan de moeder. Een zichtbare storting binnen fiscale eenheid lijkt niet mogelijk. Voor zover mij bekend heeft de fiscus (nog) niet geprobeerd dergelijke structuren aan te pakken met art. 10a, lid 2, onderdeel b. Voor zover mij bekend bestaan er geen procedures op dit punt. Voorts heeft de wetgever met geen woord gerept over deze mogelijkheid en juist aangegeven dat bestrijding van bv 1-bv 2-structuren nieuwe wetgeving vereist. Daarmee lijken wetgever en fiscus impliciet aan te geven dat art. 10a, lid 2, onderdeel b – ondanks art. 10a, lid 4, onderdeel d – geen toepassing kan vinden ten aanzien van bv 1-bv 2-structuren.

6.8.5.4 Ad 2: externe financiering

Inconsequente doorvoering natuurlijke personen

Uit de formulering van art. 15ad, lid 3, onderdeel a, sub 2 blijkt dat binnen de tweede voorwaarde, sprake is van een dubbele eis. Een belastingplichtige moet ten eerste bewijzen dat de groep als geheel de lening uiteindelijk is aangegaan bij een niet-ver-

429. Vergelijk Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

430. Overigens bestond dit voordeel in verstrekte mate reeds onder art. 15, lid 4 en 5. Onder deze bepalingen kon ten aanzien van de kapitaalstorting in het geheel geen temporisering plaatsvinden.

bonden lichaam.⁴³¹ In de tweede plaats dient de belastingplichtige te bewijzen, dat het verbonden lichaam waarbij hij de lening is aangegaan (of een daarmee verbonden lichaam⁴³²), de lening is aangegaan met het oog op de verwerving van de aandelen.

In dit verband passen de twee volgende opmerkingen/kritiekpunten. Temporisering kan niet worden afgewend indien de lening voor de groep als geheel is verkregen van een niet-verbonden natuurlijk persoon (of personen). Vereist is immers dat de geldlening is 'aangetrokken van een niet-verbonden lichaam (onderstreping JvS)'. In zo'n situatie bestaat er mijns inziens echter wel degelijk een reële financieringsbehoefte.

Bovendien doen zich in de praktijk dergelijke financieringen voor. Het is namelijk niet ongebruikelijk om met het oog op een externe acquisitie eerst een obligatielening uit te geven om de oorlogskas te vullen. Moeder geeft dan een obligatielening uit (op de beurs) en leent (een deel van) de ontvangen gelden door aan de overnameholding.

Ik zie dan ook geen redenen om het tegenbewijs slechts te beperken tot leningen van lichamen.⁴³³ Bovendien brengt deze beperking bewijsproblematiek met zich. Indien de obligaties namelijk deels worden genomen door niet-verbonden lichamen en deels door niet-verbonden natuurlijke personen, is het aan belastingplichtige om aan te tonen welk deel van de obligatielening bij niet-verbonden lichamen is terechtgekomen. De staatssecretaris heeft voornoemde bezwaren ook ingezien. Hij heeft bij Besluit goedgekeurd dat – mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden – het tegenbewijs ook van toepassing is indien uiteindelijk vermogen uit hoofde van een geldlening is aangetrokken van één of meer niet-verbonden natuurlijke personen.⁴³⁴

Het tweede kritiekpunt betreft het feit dat de tweede voorwaarde slechts bepaalt: 'het lichaam of de natuurlijke persoon waaraan de geldlening is verschuldigd, of een daarmee verbonden lichaam (onderstreping JvS)'. Wederom ontbreekt op dit punt een verwijzing naar een verbonden natuurlijk persoon.

431. In de MvT spreekt de wetgever van 'een reële financieringsbehoefte', MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29.

432. Deze frase brengt mee dat tegenbewijs ook kan worden geleverd indien bijvoorbeeld een concernfinancieringsmaatschappij de gelden inleent bij een derde om deze gelden vervolgens door te lenen aan het verbonden lichaam/crediteur, die de gelden vervolgens weer doorleent aan de overnameholding, zie Eerste NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 7.

433. Dit kritiekpunt is overigens niet nieuw. Ook onder art. 15, lid 5 (oud) gold deze beperking, Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 262. Vergelijk voor kritiek op art. 15ad Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309 en Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR, 2003/873.

434. Besluit van 30 januari 2004, CPP2003/2811M, BNB 2004/136. Dit Besluit is vervangen door het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP 2005/2662M, BNB 2006/90. Zie hiervoor in het bijzonder paragraaf 2.1.1 van BNB 2006/60.

Dit betekent dat de tegenbewijsregeling geen toepassing vindt indien de overnameholding inleent van een verbonden lichaam/financieringsmaatschappij, die op haar beurt inleent van een verbonden persoon, die op zijn beurt inleent van een niet verbonden lichaam.

Voor het ontbreken van een dergelijke verwijzing bestaat in mijn ogen geen goede reden.⁴³⁵

Gelet op het voorgaande acht ik het raadzaam en wenselijk om art. 15ad, lid 3, onderdeel a op de volgende wijze aan te passen (aanpassingen cursief weergegeven): 'het lichaam of de natuurlijke persoon waaraan de geldlening is verschuldigd, of een daarmee verbonden lichaam *of verbonden natuurlijk persoon*, heeft met het oog op de verwerving van aandelen vermogen uit hoofde van geldlening aangetrokken van een niet-verbonden lichaam *of een niet-verbonden natuurlijk persoon*'.

Causaliteit

Om tegenbewijs te kunnen leveren dient de belastingplichtige het verband tussen de bij derden opgenomen lening en de overname aan te tonen. Het zal niet altijd eenvoudig zijn het causale verband tussen een externe lening en een overname te doen blijken.⁴³⁶ Het is overigens niet vereist dat het bedrag van de externe lening en de overnamesom gelijk zijn. Ook een partieel tegenbewijs is mogelijk.⁴³⁷ Hierbij merk ik bovendien op, dat 'blijken' een strengere bewijsvorm is dan 'aannemelijk maken'. Opgemerkt zij dat het aantrekken van de externe lening niet noodzakelijkerwijs juist voorafgaand aan de overname moet hebben plaatsgevonden.⁴³⁸ Naarmate het tijdsverloop tussen het opnemen van de lening en de overname groter wordt, is het evident moeilijker het causale verband te doen blijken.

Dat de causaliteitseis ('met het oog op') streng is, blijkt ook uit HR 9 juli 2004, BNB 2004/394.⁴³⁹ Dit bewijsrechtelijk relatief zware criterium geldt ook voor banken. Er kan niet worden aangehaakt bij de ruimterekening zoals deze gold voor toepassing van art. 13, lid 1 (tekst tot 1 januari 2004).⁴⁴⁰

435. In vergelijkbare zin Van der Linden, M.H.G.M.; Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309 en Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR, 2003/873.

436. In de MvT is ten aanzien van deze allocatieproblematiek het volgende opgemerkt: '*Bij deze allocatie van eigen en vreemd vermogen zal veel betekenis toekomen aan uitingen over de financiering van de acquisitie in de commerciële jaarstukken van het concern. Zo zal in situaties waarin uit deze commerciële stukken blijkt dat voor de overname eigen vermogen is aangetrokken, moeten worden aangenomen dat dit eigen vermogen ook voor de overname is aangewend*', MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29.

437. Eerste NvW, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 7.

438. Vergelijk MvA, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

439. Voor een schematische weergave verwijs ik naar de noot van Daniels, A.H.M.; onder BNB 2004/394.

440. Vergelijk Mededeling van 12 oktober 1993, nr. DGO93-9241, V-N 1993/3883 en Besluit van 13 februari 1997, nr. DB 96/4135M, BNB 1997/127.

Dienaangaande overweegt de Hoge Raad onder meer: 'Die strekking (van art. 15, lid 5, aanhef en letter a, thans art. 15ad, lid 3, aanhef en onderdeel a, JvS) is dat in het algemeen zal moeten worden aangehouden (onderstreping JvS) dat met het oog op een bepaalde verwerving een lening specifiek (onderstreping JvS) is aangegaan'. De volgende opmerking van de wetgever in de Eerste Kamer deed daaraan niet af: 'Ik merk op dat mij hierbij een praktische benadering voor ogen staat. In het verleden is gebleken dat banken en verzekeraars in goed overleg met de belastingdienst tot afspraken kunnen komen inzake het etiketteren van leningen. Deze lijn zal ook ten aanzien van de causaliteitsproblematiek worden voortgezet'.⁴⁴¹

Uit het feit dat de Hoge Raad deze 'toezegging' van de wetgever min of meer opzij schuift, blijkt mijns inziens de noodzaak om dergelijke toezeggingen ook wettelijk vast te leggen.

6.8.5.5 Tegenbewijs gefinancierde kapitaalstorting

Grondslageis

Bij de behandeling van het tegenbewijs voor overnameholdings ben ik ingegaan op de daarvoor geldende grondslageis, zie art. 15ad, lid 3, onderdeel a, sub 2. Hierbij heb ik tevens aandacht besteed aan de grondslageis ex art. 15ad, lid 3, onderdeel b, sub 1 die geldt als tegenbewijs voor de gefinancierde kapitaalstorting. Voor commentaar op deze laatste grondslageis verwijs ik derhalve naar mijn bovenstaande opmerkingen.

Aanwendingseis

Indien niet wordt voldaan aan de grondslageis, staat belastingplichtige nog een tweede vorm van tegenbewijs open. Ter zake van een intern gefinancierde kapitaalstorting vindt namelijk geen rentetemporisering plaats, indien belastingplichtige doet blijken dat de kapitaalstorting binnen de fiscale eenheid is aangewend anders dan voor de overname, onmiddellijk of middellijk, van een onderneming of een gedeelte van een onderneming. Temporisering is niet aan de orde voor verschuldigde rente over een geldlening ter financiering van een kapitaalstorting, waarmee de gevoegde dochter bedrijfsmiddelen aanschafft ten behoeve van haar onderneming.⁴⁴² In de MvT geeft de wetgever de volgende voorbeelden, waarin niet wordt voldaan aan de aanwendingseis:

- oprichting van een dochter die niet wordt opgenomen in de fiscale eenheid;
- verwerving van een bestaande onderneming binnen of buiten de fiscale eenheid;
- verhangen van een gevoegde maatschappij die een onderneming drijft.⁴⁴³

Peeters stelt zich – mijns inziens terecht – de vraag waarom de overname van een onderneming anders wordt behandeld dan de overname van een separaat bedrijfsmiddel.⁴⁴⁴ De achterliggende gedachte kan ik uit de parlementaire geschiedenis

441. Handelingen, EK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-453.

442. Deze versoepeling is opgenomen in Voorstel van Wet, TK, 2002-2003, 28 608, blz. 15.

443. MvT, TK, 2002-2003, 28 608, blz. 48.

444. Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

evenwel niet (direct) afleiden. Denkbaar is dat de wetgever op deze wijze niet alleen de 'reguliere' bv 1-bv 2-structuren heeft willen bestrijden, maar ook varianten hierop, zoals de acquisitie van een onderneming door middel zo'n structuur.⁴⁴⁵ Duidelijkheid op dit punt ontbreekt echter.⁴⁴⁶

6.8.5.6 Bedrijfsovername

In art. 15ad, lid 3, onderdeel c en lid 4 is de laatste en tamelijk gedetailleerde tegenbewijsregeling opgenomen. Op grond van deze bepalingen vindt temporisering van renteaftrek onder voorwaarden geen doorgang in situaties waarin sprake is van een bedrijfsopvolging door één of meer natuurlijke personen. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan eventuele problemen die kunnen ontstaan bij bedrijfsopvolging in het midden- en kleinbedrijf door toepassing van art. 15ad.⁴⁴⁷

Blijkens de Nota navv dient art. 15, lid 5, onderdeel b (thans art. 15ad, lid 3, onderdeel c en lid 4) de nadelige effecten van art. 15, lid 4 (art. 15ad, lid 1) te voorkomen in twee situaties:⁴⁴⁸

1. een directeur-groootaandeelhouder (hierna dga) richt samen met de bedrijfsopvolger een houdstermaatschappij op. Deze houdster verwerft de aandelen in de werkmaatschappij (van de personal holding) van de dga. De koopsom wordt (ten dele) schuldig gebleven. In deze situatie vindt in beginsel art. 15ad toepassing op de verschuldigde rente;⁴⁴⁹
2. een bedrijfsovername door een bedrijfsovernemer samen met een participatiemaatschappij (of een bank). De bedrijfsovernemer en de participatiemaatschappij nemen dan beide deel in de overnameholding. Deze situatie doet zich wel voor bij de zogeheten management buy-out.⁴⁵⁰ Naast een deelname in het aandelenkapitaal van de overnameholding zal de participatiemaatschappij deze overnameholding veelal tevens een lening verstrekken. In voorkomende gevallen valt de rente ter zake van zo'n lening onder het bereik van art. 15ad.

445. Vergelijk Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

446. Dit geldt tevens voor enkele andere punten, zoals de vraag hoe om te gaan met het aanwenden door beleggingen aan te kopen of leningen te verstrekken. Een bespreking van deze punten valt buiten het bestek van dit onderzoek. Voor een nadere behandeling verwijs ik naar De Roos, I. & De Vries, R.J.; Recente ontwikkelingen rondom het nieuwe fiscale eenheidsregime, FED 2002/692 en Peeters, P.J.J.M.; Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827.

447. Bovengenoemde bepalingen zijn de opvolgers van art. 15, lid 5, onderdeel b. Het oorspronkelijke wetsvoorstel kende deze bepaling niet. Deze tegenbewijsregeling is pas bij de Eerste NvW in het wetsvoorstel opgenomen.

448. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 12.

449. Een variant hierop is dat door de houdstermaatschappij samen met de bedrijfsopvolger/natuurlijk persoon een (tussen)holding wordt opgericht. Aan deze (tussen)holding worden de aandelen in de werkmaatschappij verkocht en wel tegen schuldigerkenning van de koopsom. Ook in deze situatie vindt art. 15ad in beginsel toepassing.

450. Hierbij zij opgemerkt dat ook in de eerste variant sprake kan zijn van een management buy-out.

De tegenbewijsregeling geldt niet slechts in situaties waarin de bedrijfsopvolger direct deelneemt in de overnameholding. De tegenbewijsregeling vindt ook toepassing indien de bedrijfsopvolger/natuurlijk persoon zijn werkzaamheden voor de overgenomen onderneming uitoefent via een persoonlijke houdstermaatschappij. Dit komt in art. 15ad, lid 3, onderdeel c, tot uiting in '*middellijk of onmiddellijk*'. Het in art. 15ad, lid 3, sub c vereiste tegenbewijs is geleverd indien cumulatief aan een drietal voorwaarden is voldaan.⁴⁵¹

6.9 Beoordeling van art. 15ad

6.9.1 Temporiseringsbepaling versus jurisprudentie

In de vorige paragrafen is de werking van art. 15ad onderzocht. Hieruit bleek dat art. 15ad in beginsel een dam opwerpt tegen intern gefinancierde overnameholdings en intern gefinancierde kapitaalstortingen. Daarmee lijkt de wetgeving in beginsel doeltreffend. Voorts bevat deze bepaling tegenbewijs, waarmee het risico van overkill afneemt. Overigens bestaat er – voor zover mij bekend – tot HR 17 december 2004, BNB 2005/169 geen fraus-legisjurisprudentie aangaande externe acquisities.⁴⁵² De zaak Hof 's-Gravenhage, Infobulletin 95/142 is namelijk ingetrokken. Art. 15ad kan derhalve niet of nauwelijks worden getoetst aan jurisprudentie. Bovendien werkt art. 15ad wezenlijk anders uit dat de fraus-legisjurisprudentie. Deze bepaling temporeert immers 'slechts' de rente.⁴⁵³

Opgemerkt zij dat een situatie ex BNB 2005/169 nu in beginsel valt onder art. 15ad, indien een fiscale eenheid wordt aangegaan tussen belanghebbende en de geacquireerde vennootschap. Er wordt immers voldaan aan het feit dat voor de aandelenacquisitie een lening wordt opgenomen bij een verbonden lichaam. Als er in casu al extern zou zijn geleend – quod non (in ieder geval voor een belangrijk deel) – zou het

451. Een behandeling van deze vorm van tegenbewijs valt buiten het bestek van dit onderzoek. Voor een nadere bespreking van art. 15, lid 4 verwijs ik naar Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 264-269 en de daarin aangehaalde literatuur. Voor een beschouwing van art. 15ad verwijs ik naar Bouwman J.N. & De Jong, M.G.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 707-714 en Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 292-295.

452. In casu verwerft belanghebbende (X bv) van een niet-gelieerde partij een belang in een andere vennootschap. De (groot)moeder van X bv is gevestigd in Ierland. In verband met de acquisitie neemt de tophoudster voor een kwart leningen op, aangetrokken bij (niet-gelieerde) banken. Daarnaast geeft de tophoudster nieuwe aandelen uit. Op het niveau van X bv wordt de acquisitie voor driekwart gefinancierd met vreemd vermogen verkregen van haar Ierse moeder. Over het in geding zijnde jaar brengt de crediteur geen rente in rekening. X bv imputeert daarentegen wel een rentelast. Hiertegenover staat in Ierland evenwel geen belastingheffing, aangezien Ierland een kasstelsel kent. In casu oordeelt de Hoge Raad dat van fraus legis geen sprake is. Hij is namelijk de opvatting toegedaan dat het zakelijke karakter van de schuld is gegeven nu belanghebbende aandelen verwerft van derden.

453. Hierbij merk ik wel op dat temporend materieel kan leiden tot het schrappen van renteaftrek. Op dit punt ga ik hierna nog nader in.

tegenbewijs niet kunnen worden geleverd omdat niet wordt voldaan aan de grondslageis. Deze geldt immers ook voor overnameholdings. Overigens is het de vraag in hoeverre deze laatste eis strijdig is met EU-recht. Hierna ga ik nog nader op dit punt in. Overigens is het primair de vraag of belanghebbende in een situatie ex BNB 2005/169 wel last zou hebben gehad van art. 15ad. Het betrof namelijk geen 'lege' overnameholding, maar een reeds bestaande maatschappij (met eigen winst).

Hiervoor merkte ik op dat met art. 15ad op het eerste gezicht een barrière is opgeworpen tegen overnameholdings en bv 1-bv 2-achtige structuren. In bepaalde situaties gaat art. 15ad mijns inziens evenwel te ver. Voorts schiet art. 15ad op sommige punten te kort. Hierna ga ik naast andere kritiekpunten nader in op deze overkill en underkill.

6.9.2 *Problematiek berekening eigen winst*

Kruislingse verrekening

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat er op diverse punten de nodige onduidelijkheid bestaat ten aanzien van art. 15ad. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan de vraag hoe de zelfstandige winst van de moeder vennootschap moet worden berekend. In het bijzonder wijs ik op de bewijsproblematiek ter zake van volgtijdige overnames. Indien er sprake is van samenhangende transacties is kruislingse verrekening (in ieder geval) niet mogelijk. Deze feitelijke vraag is evenwel niet altijd eenvoudig te beantwoorden en vormt naar verwachting een bron van discussie tussen belastingplichtigen en de fiscus. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag of kruislingse verrekening mogelijk is, bij de afwezigheid van samenhangende transacties. Deze vraag dient mijns inziens gelet op de wettekst bevestigend te worden beantwoord. Daarbij komt dat de wetgever de kruislingse verrekening evenmin expliciet heeft verworpen in de parlementaire geschiedenis.

Deze constatering betekent evenwel dat de effectiviteit van art. 15ad in voorkomende gevallen beperkt is. Een 'lege' overnameholding (M bv) verwerft volgtijdig (maar niet samenhangend) twee werkmaatschappijen (A bv en B bv). Zij financiert deze verwervingen met een lening van een verbonden lichaam. M bv heeft (vrijwel) geen last van art. 15ad, indien de winst van A bv groter is of gelijk aan de rente ter zake van de verwerving van B bv en de winst van B bv groter is of gelijk aan de rente ter zake van de verwerving van A bv. A bv en B bv financieren in casu niet hun eigen overname, maar elkaars overname. De wetgever heeft dit naar alle waarschijnlijkheid niet zo beoogd.

Winst waarvoor regeling ter voorkoming van dubbele belasting geldt

Art. 15ad, lid 1, eerste volzin eindigt als volgt: 'en voorts zonder rekening te houden met (...) alsmede winst waarop een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is'. Dit betekent dat winst waarop een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is geweest, wordt uitgesloten als 'eigen winst' waartegen de rentelasten kunnen worden afgezet. Dienaangaande heb ik twee bezwaren. Aller-

eerst deel ik het bezwaar van de NOB⁴⁵⁴ in de zin dat voornoemde benadering niet past in de systematiek van de Nederlandse wetgeving. Dit bezwaar is door de wetgever evenwel niet gehonoreerd.⁴⁵⁵

*'In de memorie van toelichting is aangegeven dat met deze benadering wordt voorkomen dat de winst van een overgenomen maatschappij in feite binnen fiscale eenheid kan worden verrekend met de rente over de overnameschuld, hetgeen strijdig is met het uitgangspunt van de temporisering. Overigens is beperking tot de feitelijk in Nederland belaste winst zeker geen onbekend verschijnsel. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het begrip "in Nederland belastbare winst" van artikel 13, eerste lid.'*⁴⁵⁶

Verder is niet geheel helder, hoe de frase 'winst waarop een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is' moet worden geïnterpreteerd.⁴⁵⁷ Enerzijds wordt verdedigd dat het hier slechts gaat om winst die valt onder de vrijstellingsmethode.⁴⁵⁸ Anderzijds wordt wel verdedigd dat het daarnaast tevens gaat om situaties die vallen onder de verrekeningsmethode.⁴⁵⁹ De letterlijke wettekst leidt mogelijk tot het volgen van de eerste visie, omdat de inkomsten waarvoor de verrekeningsmethode geldt wel worden belast, zij het dat nog verrekening plaatsvindt.⁴⁶⁰ Overigens wijs ik er op dat in de tekst staat 'een regeling (...)' zodat iedere regeling hier onder valt. Naar de ratio zullen beide voorkomingsmethodieken onder art. 15ad, lid 1, eerste volzin slot dienen te vallen. Ik acht het gewenst dat de wetgever dit expliciet in de wet vastlegt om discussie te voorkomen.

Ten slotte wijs ik nog op de strijd tussen wettekst en ratio op het punt van de bepaling van de eigen winst bij de kapitaalstorting. Dit punt is in paragraaf 6.8.4.3 reeds aan de orde geweest.

454. 'Winst waarvoor voorkoming van dubbele belasting wordt verkregen telt niet mee voor de bepaling van de ruimte voor renteaftrek ter zake van bepaalde schulden. Hoewel de Orde begrip heeft voor het standpunt van de wetgever, past deze bepaling niet in de systematiek en is een stap in de richting van introductie van een het territorialiteits-principe; alleen feitelijk in Nederland belaste winst telt mee. Introductie van een dergelijk principe is niet wenselijk en past niet in de Nederlandse wetgeving waarin uitgegaan wordt van heffing op basis van de wereldwinst', NOB-commentaar op wetsvoorstel Herziening regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (wetsvoorstel 26 854), maart 2000, www.nob.net.

455. Voor nadere kritiek op dit punt van art. 15ad zij verwezen naar Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR, 2003/873.

456. Nota navv, TK, 2000-2001, 26 854, blz. 33.

457. Vergelijk De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.9.5.E.c2, VI, die de verdeeldheid in de literatuur schetsen.

458. Kampschöer, G.W.J.M.; Pancham, S.R. & De Roos, I.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting FED fiscale brochure, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 98-99.

459. Peeters, P.J.J.M.; Renteaftrektemporisering: is er nog wel sprake van uitstel?, WFR 2002/605.

460. Vergelijk Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR, 2003/873.

6.9.3 *Bewijsproblematiek*

Ten principale stel ik de vraag, waarom het de belastingplichtige is die tegenbewijs moet leveren. Dit geldt voor zowel art. 15ad als art. 10a. Dit is immers niet in overeenstemming met het in het fiscale recht geldende adagium dat degene die het ongebruikelijke stelt, dit dient te bewijzen. Tijdens de parlementaire behandeling is deze afwijkende benadering niet of nauwelijks aan de orde geweest. Voor zover mij bekend, is niet evident dat het instrumentarium van de inspecteur tekortschiet om uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag te voorkomen.⁴⁶¹ Zo staat de inspecteur onder meer art. 47a AWR⁴⁶² ter beschikking, dat ziet op de informatieverplichtingen in internationale verhoudingen en het inlichtingenartikel⁴⁶³ dat in veel door Nederland gesloten belastingverdragen is opgenomen. Bovendien valt mijns inziens niet uit de winstdrainagejurisprudentie af te leiden dat de fiscus telkens het onderspit delfde. In situaties van evident misbruik werd namelijk rente in aftrek beperkt. De beantwoording van voornoemde vraag betreffende de verdeling van de bewijslast, had naar mijn mening in ieder geval een plaats verdiend in de parlementaire geschiedenis.

Temporiseren komt niet aan de orde, indien belastingplichtige het wettelijke tegenbewijs kan leveren. Voor een overnameholding geldt dienaangaande de uiteindelijke externe financieringseis en de grondslageis. Dit betekent een aanzienlijke bewijslast voor belastingplichtigen. Er moet namelijk een drievoudig (cumulatief) bewijs worden geleverd:

1. de lening is uiteindelijk aangegaan bij derden (volgens de wet niet zijnde een natuurlijk persoon);
2. het verbonden lichaam dat (of de verbonden natuurlijke persoon die) de lening bij derden is aangegaan heeft deze lening opgenomen met het oog op het verwerven van de werkmaatschappij; en
3. de rentebaten worden bij de crediteur in de grondslag betrokken van een belastingheffing naar de winst of het inkomen.

Dat deze zaken aannemelijk worden gemaakt is onvoldoende.

Het is voor een overnameholding niet altijd eenvoudig na te gaan, of een lening uiteindelijk is aangegaan bij een derde. Hiervoor is de overnameholding soms aangewezen op de hulp van één of meer andere verbonden lichamen. Het leveren van tegenbewijs kan derhalve gepaard gaan met de nodige moeite (lees: kosten).

461. Vergelijk Emmerig, B.; Beperking renteaftrek bij overnameholdings: waar zijn wij mee bezig?, WFR 2000/363.

462. Emmerig, B.; Beperking renteaftrek bij overnameholdings: waar zijn wij mee bezig?, WFR 2000/363 merkt wel op dat de inlichtingenverplichting art. 47a AWR is beperkt tot buitenlandse vennootschappen (en natuurlijke personen) die minimaal een belang van 50% in een in Nederland gevestigd lichaam houden, terwijl van verbondenheid al sprake is wanneer een buitenlands lichaam voor een derde deel een belang heeft in een in Nederland gevestigd lichaam.

463. Vergelijkbaar met art. 26 in het OESO-Modelverdrag.

Indien de overnameholding heeft bewezen dat de lening uiteindelijk is aangegaan door het verbonden lichaam bij een niet-verbonden lichaam, dient de overnameholding vervolgens nog te bewijzen dat deze lening is aangegaan teneinde de aandelen in de overgenomen werkmaatschappij te verwerven. Dit laatste is – vooral bij een grote overname – zeker geen sinecure. Het is denkbaar dat voor een overname van een derde partij op houdsterniveau eigen vermogen en vreemd vermogen (via een syndicaat van banken) worden opgehaald. Vervolgens worden de verkregen gelden doorgesluisd naar de feitelijk kopende partijen in de verschillende landen. De van derden inlenende groepsvennootschap legt doorgaans niet separaat vast welk deel van de externe lening is bestemd voor Nederland. Daarmee wordt het lastig het gewenste tegenbewijs te leveren.^{464, 465}

6.9.4 Dubbele heffing

Op het eerste gezicht bestaat er een groot verschil tussen de sancties van art. 10a en art. 15ad. In het eerste artikel wordt de renteaftrek daadwerkelijk geschrapt, terwijl in het tweede temporisering plaatsvindt en renteaftrek uiteindelijk niet verdwijnt.⁴⁶⁶ Daarmee lijkt de sanctie van art. 15ad relatief beperkt. Bij een nadere bestudering blijkt echter, dat de temporisering van renteaftrek materieel overeenkomt met het partieel schrappen van renteaftrek.⁴⁶⁷ Elke euro die in jaar één niet in aftrek op de winst kan worden gebracht, is – verdisconteerd tegen een rente van 5% per jaar – acht jaar later nog maar achtenzestig cent waard.⁴⁶⁸ Gelet op het voorgaande is de temporiseringmaatregel minder onschuldig dan hij op het eerste gezicht lijkt.

In dit verband is er tijdens de parlementaire behandeling op gewezen, dat art. 15, lid 4 (en daarmee ook art. 15ad) overkill/materieel dubbele heffing met zich brengt in nationale situaties.⁴⁶⁹ Dit geldt overigens ook voor bepaalde buitenlandse situaties. De wetgever meent evenwel dat uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag aan de orde is bij het ongeclausuleerd toestaan van renteaftrek in dergelijke situa-

464. Lier stelt zelfs dat art. 15, lid 5, onderdeel a in de praktijk vrijwel een dode letter is vanwege de eis van de sluitende bewijsvoering. Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449.

465. Overigens biedt de parlementaire geschiedenis wel een opening voor een pro-ratabenadering, naar de zelfde verhouding als op topniveau, Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 26.

466. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld Nota navnv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 8, waar de staatssecretaris opmerkt: 'De vraag of de rente bij het ontvangende lichaam in een compenserende heffing wordt betrokken, is bij deze vorm van de uitholling van de grondslag niet van belang, omdat de renteaftrek niet wordt geschrapt, maar wordt getemporeerd' en in diezelfde nota op blz. 12 'Verder wijs ik er nog op dat in het wetsvoorstel niet is gekozen voor een benadering waarbij de renteaftrek wordt getemporeerd, maar voor een minder vergaande benadering waarbij de renteaftrek wordt getemporeerd'.

467. Vergelijk in dit verband tevens Emmerig, B.; Beperking renteaftrek bij overnameholdings: waar zijn wij mee bezig?, WFR 2000/363.

468. Verdisconteerd tegen 10% blijft van de euro na acht jaar minder dan de helft over.

469. Vergelijk bijvoorbeeld MvA, EK, 1995-1996, 24 696, blz. 8.

ties.⁴⁷⁰ In de literatuur is zeer kritisch gereageerd op deze opmerking.⁴⁷¹ Ik kan deze gedachtegang van de staatssecretaris – in het bijzonder in binnenlandse situaties – niet volgen. Tegenover de renteaftrek van de overnameholding staat mijns inziens een gelijke rentebate bij de verbonden crediteur. Indien de crediteur is gevestigd in het buitenland en daar sprake is van een compenserende heffing, wordt weliswaar de Nederlandse heffingsgrondslag verkleind, maar bespaart het concern als geheel niet of nauwelijks belasting.⁴⁷²

Mijns inziens zou ook voor toepassing van art. 15ad de eis van compenserende heffing als tegenbewijs dienen te gelden. Voorwaarde is wel dat een dergelijk eis in overeenstemming is met EU-recht. In paragraaf 6.7.3 werd duidelijk dat dit laatste nog zeer de vraag is. Wat hiervan ook zij, ik acht het in ieder geval verstandig dat de wetgever niet louter in binnenlandse situaties compenserende heffing heeft ingevoerd als tegenbewijsregeling. Het staat wat mij betreft namelijk zo goed als vast dat een dergelijke beperkte tegenbewijsregeling ongeoorloofde discriminatie zou inhouden. Dit zou met zich brengen dat dit tegenbewijs in ieder geval ook zou moeten gelden in gemeenschapsrechtelijke verhoudingen.

6.9.5 Onmiddellijke werking

Het volgende kritiekpunt is inmiddels voor een belangrijk deel door de tijd achterhaald. Desalniettemin behandel ik dit kort, gelet op de consequenties in het verleden. Bij de invoering van art. 15, lid 4 had deze bepaling onmiddellijke werking.⁴⁷³ De wetgever was – anders dan voor art. 10a – namelijk niet bereid eerbiedigende werking te introduceren. Hierdoor werden ook acquisities die ver voor de invoering van art. 15, lid 4 hadden plaatsgevonden, getroffen door temporisering.

Voor de aanvang van de achtjaarstermijn is het tijdstip van het verwerven van de aandelen doorslaggevend. Dit brengt mee dat art. 15, lid 4 van toepassing kon zijn op een belastingplichtige die in 1990 de aandelen had verworven. Deze belastingplichtige had dan één jaar te maken met de temporisering.⁴⁷⁴

Het is de vraag of het ontbreken van eerbiedigende werking wel in overeenstemming is met het opgemerkte hierover in de Notitie Bijlage bij TK 1995-1996, 24 677

470. Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 8.

471. Zie onder meer Lier, A.P.; Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449 en Emmerig, B.; Beperking renteaftrek bij overnameholdings: waar zijn wij mee bezig?, WFR 2000/363.

472. Dit is wellicht anders indien het tarief aanzienlijk lager is dan het Nederlandse, terwijl er toch sprake is van een compenserende heffing. Dit probleem speelt ook al voor art. 10a, waardoor op die wijze door middel van onder meer interne verhangingen 'uitholling' van de Nederlandse heffingsgrondslag plaatsvindt.

473. Zie voor kritiek van enkele Tweede Kamerfracties Nota navv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-12.

474. Uitgaande van het direct nemen van alle getemporeerde rente in jaar negen.

over de aanvaardbaarheid van terugwerkende kracht en eerbiedigende werking.⁴⁷⁵ De breuk van de nieuwe regeling met het oude recht is namelijk aanzienlijk. Voorts schendt de toepassing van deze nieuwe bepaling gerechtvaardigde belangen die zijn ontstaan door onder de oude (niet bestaande) regeling ingenomen posities die niet of nauwelijks meer kunnen worden veranderd. Getuige HR 17 december 2004, BNB 2005/169 lijkt bij externe acquisities in beginsel geen sprake te zijn van misbruik. De wetgever zag in voorgaande argumenten evenwel geen aanleiding om overgangsrecht in te voeren.⁴⁷⁶ De motivering van de wetgever acht ik slechts ten dele juist. Vóór de publicatie van de Oriëntatienota fiscaal vestigingsklimaat stond in het geheel niet vast, dat de overnameholdingstructuur niet in overeenstemming was met het later te voeren beleid. Daarbij is thans duidelijk dat ook de Hoge Raad van mening is dat de rente ter zake van een externe acquisitie in beginsel ten laste van de winst mag worden gebracht, vergelijk BNB 2005/169.

De opstelling van de wetgever veroorzaakt voor 'oude' gevallen nog een additioneel probleem. Hiervoor werd namelijk duidelijk dat er stringente voorwaarden gelden voor het leveren van het tegenbewijs. In oude situaties waren deze voorwaarden niet kenbaar op het moment van de acquisitie en het inlenen van de gelden. Destijds was het daarom niet van belang de bron en de (uiteindelijke) bestemming van leningen vast te leggen.⁴⁷⁷ Het leveren van tegenbewijs zal derhalve veelal geen sinecure zijn. Voort zij opgemerkt dat het ook vaak niet eenvoudig is om een aantal jaren na de verwerving van een werkmaatschappij, winstsplitsing in een combinatie in te voeren. Dit geldt in het bijzonder bij een juridische fusie.

6.9.6 Effectiviteit

Een ander punt is de effectiviteit van de regeling. In dit verband wijs ik op de problematiek van de kruislingse verrekening, zie paragraaf 6.8.4.2 en 6.9.2. Indien kruislingse verrekening daadwerkelijk mogelijk is, gaat daarmee een belangrijk deel van de effectiviteit van de regeling verloren. Hierbij abstraheer ik van samenhangende

475. Zie de brief van de staatssecretaris d.d. 8 oktober 1996 inzake Terugwerkende kracht in fiscale regelgeving, TK, 1996-1997, 25 212.

476. 'Reeds bij de Oriëntatienota fiscaal vestigingsklimaat (Kamerstukken II 1992/93, 22 860, nr. 2) is de problematiek van de overnameholding aan de orde gesteld. (...) Het beleid dat bij de bestrijding van overnames tot uitgangspunt zou worden genomen is bij brief van 16 juni 1993, nr. AFP93/165 aan de Tweede Kamer kenbaar gemaakt en is onder meer gepubliceerd in Vakstudie Nieuws (V-N 1993, 8 juli 1993, punt 3). Al geruime tijd is dus bekend dat overnames die zodanig worden ingekleed dat de rente die samenhangt met de overname ten laste wordt gebracht van de operationele winsten van de werkmaatschappij, terwijl vanuit het concern gezien geen vreemd vermogen voor de acquisitie wordt aangetrokken, door de Belastingdienst worden bestreden. Direct nadat de Hoge Raad de in de memorie van toelichting vermelde jurisprudentie op het vlak van de overnameholding heeft gewezen, is naar buiten gebracht dat de overnameproblematiek zou worden meegenomen bij het onderhavige voorstel van wet. De voorgestelde maatregel komt overeen met de uitgangspunten die aan het gevoerde beleid ten grondslag liggen', Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 12.

477. In dit verband wijs ik nog op de opmerking van de wetgever, dat hij zeker ten aanzien van oudere leningen een praktische en pragmatische aanpak voorstaat, Handelingen, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 11-694. Deze toezegging biedt echter weinig houvast.

volgtijdige overnames. Een dergelijke situatie kan – gelet op de ratio van de regeling – mogelijk nog wel onder toepassing van art. 15ad worden gebracht. Bij niet samenhangende opvolgende acquisities is kruislingse verrekening op basis van de tekst mijns inziens mogelijk. Van het financieren van de eigen overname is immers geen sprake meer. Bij de opeenvolgende acquisitie van twee werkmaatschappijen, financieren deze vennootschappen evenwel elkaars overname. Ik betwijfel of dit het doel van de wetgever is geweest. Ik vermoed van niet, maar duidelijk is dit niet. De vraag is evenwel voor wiens rekening dergelijke onduidelijkheid zou moeten komen. Ik meen dat dit het risico is van de wetgever; de wettekst is immers duidelijk en de ratio is onduidelijk. In zo'n situatie zou de weegschaal door moeten slaan in het voordeel van de belastingplichtige.

6.9.7 **Garantstellingen: wetsgeschiedenis versus beleid**

Een ander punt dat in mijn ogen de effectiviteit van de regeling ondermijnt, betreft de uitslatingen van de staatssecretaris over garanties. In het Besluit van 2 november 2001, BNB 2002/59, vraag en antwoord 7 merkt hij ten aanzien van een garantstelling op een derdelening op, dat het wettelijke tegenbewijs van art. 15, lid 5, onderdeel a is geleverd.⁴⁷⁸ Dat het een situatie betreft waarin de groepsvennootschap ten opzichte van de derde garant staat omdat belastingplichtige de lening niet op eigen kracht had kunnen krijgen, doet hieraan niet af:

'Ik ben daarom van oordeel dat in het geval de door belanghebbende (H BV) opgenomen lening voor de groep verbonden lichamen als geheel beschouwd kan worden als een echte derdenlening aan de tegenbewijs is voldaan'.

In de parlementaire geschiedenis kwam evenwel naar voren dat de groepsvennootschap het feitelijke risico liep bij dergelijke garantstellingen en dat daarom sprake is van een interne lening. Dit is tegenwoordig kennelijk niet meer het geval. Dit lijkt ook te gelden voor leningen die vallen onder art. 10a, lid 2, vergelijk vraag en antwoord 9 van voormeld Besluit.

Daar merkt de staatssecretaris namelijk op dat: *'Indien de lening van een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon uiteindelijk extern is gefinancierd wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling van artikel 10a, derde lid, onderdeel a, zolang de bedoelde paralleliteit aanwezig is'.* Voor art. 15ad merkt hij mutatis mutandis hetzelfde op.

Indien wij vraag 7 en 9 (thans paragraaf 2.1.2 en 2.1.4) koppelen, dan kan daar mijns inziens uit worden afgeleid dat een garantie door een groepsmaatschappij op een externe lening meebrengt dat wordt voldaan aan het tegenbewijs van art. 10a, lid 3,

478. Het Besluit van 2 november 2001, CPP2001/2359M, BNB 2002/59 is per 1 januari 2006 ingetrokken en geactualiseerd in het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, waarbij geen wijziging in het uitvoeringsbeleid is beoogd. Voor de vraagstukken betreffende paralleliteit en de garantstelling zie punt 2.1.2 respectievelijk punt 2.1.4. van het nieuwe Besluit.

onderdeel a en art. 15ad, lid 3, onderdeel a, sub 2.⁴⁷⁹ Hiermee vormen garanties in beginsel geen risico (meer) voor art. 15ad (en mogelijk evenmin voor art. 10a), ongeacht dat het een garantie betreft om betere voorwaarden te krijgen van de derde partij, dan wel een garantie waarzonder de belastingplichtige de lening nooit zou hebben kunnen opnemen. Wel moet nog worden voldaan aan de andere eisen van tegenbewijs.

De hiervoor aangehaalde uitspraken van de staatssecretaris zijn in beginsel gunstig voor belastingplichtigen. Desalniettemin acht ik het opvallend dat de wetgever bepaalde wetgeving implementeert, die vervolgens door de staatssecretaris wordt 'overruled' door een besluit. Dit komt mijns inziens de rechtszekerheid en de efficiëntie niet ten goede. Voorts wijs ik in dit verband nog op mijn opmerkingen in paragraaf 6.7 ten aanzien van garantstellingen. In een situatie waarin een gelieerde partij een lening verstrekt aan de belastingplichtige terwijl banken hiertoe niet willen overgaan zonder garantie van een met de debiteur gelieerde partij, zal de correctie naar zakelijkheid mijns inziens worden gevonden in een zakelijke borgstellingvergoeding. Deze kan oplopen tot het nominale bedrag van de lening, indien het op voorhand vaststaat dat belastingplichtige de banklening niet zal kunnen terugbetalen. Indien de debiteur deze borgstellingvergoeding niet betaalt, dient dit mijns inziens te worden gezien als een informele kapitaalstorting door de borg in de debiteur.

6.9.8 *EU-recht*

Ten aanzien van de toepassing van art. 15ad vallen ook enkele EU-rechtelijke opmerkingen te maken. Allereerst wijs ik op de grondslageis. Het is de vraag in hoeverre zo'n eis in overeenstemming is met het EU-recht. In dat verband verwijs ik naar paragraaf 6.7.3 waar ik mijn bedenkingen heb geuit ten aanzien van de verenigbaarheid van de compenserende heffingseisen in art. 10a met het EU-recht. Voor toepassing van art. 15ad geldt hetzelfde. In dit verband wijs ik bijvoorbeeld op HR 17 december 2004, BNB 2005/169, zie nader paragraaf 6.10.3. Een casus zoals die van BNB 2005/169 zou thans onder toepassing van art. 15ad vallen omdat in zo'n situatie niet wordt voldaan aan de grondslageis. De crediteur van de renteloze lening is immers gevestigd in Ierland. Nu Ierland een kasstelsel kent en geen rentebaten imputeert, worden de rentebaten niet begrepen in een grondslag naar de winst of het inkomen.

6.9.9 *Dynamische interpretatie*

Evenals art. 10a vereist art. 15ad mijns inziens een dynamische, permanente toetsing.⁴⁸⁰ Dit kan in combinatie met de wettekst tot verschillende problemen lei-

479. Besluit van 2 november 2001, CPP2001/2359M, BNB 2002/59 en Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90.

480. Evenals voor art. 10a lijkt het mij hierbij redelijk dat externe factoren (zoals het niet langer voldoen aan de grondslageis omdat belastingheffing op het niveau van de crediteur wordt afgeschaft) geen (negatieve) invloed hebben voor toepassing van art. 15ad. Voor 'eigen' acties geldt mijns inziens wel een permanente toetsing.

den.⁴⁸¹ Indien de overnameholding de overgenomen werkmaatschappij verkoopt terwijl de lening in stand blijft, wordt de lening door de verkoop mijns inziens ontsmet. Overigens zou hier op basis van de letterlijke tekst van art. 15ad, lid 1 anders over kunnen worden gedacht. Een andere uitleg acht ik evenwel strijdig met de ratio van de regeling. De lening dient immers na de verkoop een ander doel.⁴⁸² Dit doel moet zelfstandig op zijn fiscale merites worden beoordeeld. Indien de besmette interne lening wordt vervangen door een andere interne lening, is van ontsmetting mijns inziens geen sprake. De tweede lening houdt weliswaar geen (direct) verband met de verwerving van aandelen – deze houdt immers verband met het herfinancieren van een andere lening – maar door het indirecte verband blijft de lening mijns inziens besmet; de lening treedt als het ware in de plaats van de andere lening.⁴⁸³ Een andere uitleg acht ik strijdig met de ratio van de regeling.

6.9.10 Bv 1-bv 2

Ook op de wetgeving tegen het bestrijden van bv 1-bv 2-structuren bestaat een aantal kritiekpunten. Ten eerste kan ten principale worden afgevraagd waarom dergelijke structuren op Nederlands niveau moesten worden gerepareerd. De Nederlandse grondslag wordt namelijk niet uitgehold. Integendeel, ter zake van een dergelijke structuur valt in Nederland een belaste spread neer, zodat Nederland hier alleen maar beter van wordt. Dergelijke structuren komen voort uit het in de Verenigde Staten geldende check the boxsysteem. Bovendien brengen deze structuren op het niveau van de Verenigde Staten geen afstel van belastingheffing met zich maar slechts uitstel. Ten slotte zijn vergelijkbare structuren ook thans nog mogelijk, maar dan bijvoorbeeld met Luxemburgse rechtspersonen en een Luxemburgse fiscale eenheid. Hiertegen hebben de Verenigde Staten voor zover mij bekend tot op heden geen actie ondernomen en kennelijk accepteren zij deze structuren. Ik acht het dan ook onbegrijpelijk dat Nederland het nodig heeft geacht als hoeder op te treden voor de Amerikaanse schatkist.⁴⁸⁴ Bovendien is de regeling thans nog mogelijk met een Nederlandse fiscale eenheid.⁴⁸⁵ Hiervoor moet tussen Nederland en de Verenigde Staten nog een doorstroomvennootschap wordt geplaatst die een kleine rentespread aangeeft in het land van vestiging. Alsdan wordt voldaan aan de grondslagen en vindt temporisering van renteaftrek geen doorgang.

481. Vergelijk Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR 2003/873.

482. Vergelijk in dit verband MvA, 1996-1997, 24 696, blz. 9-10, waar de wetgever er een wat stringenter visie op nahoudt, vergelijk 6.8.4.1.

483. Vergelijk (voor toepassing van art. 10a) Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, paragraaf 1.2 (vervanging schuld door een lijfrenteverplichting) en paragraaf 1.3 (vervanging van schuldeiser).

484. Vergelijk Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR 2003/873 en De Soeten G.H.; Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat: illusie en desillusie?, WFR 2005/48. Mogelijk heeft Nederland voor deze opstelling gekozen om zich zelf richting de Verenigde Staten te presenteren als een 'goede' verdragspartner.

485. Linders, J.P. & Smeets, J.F.C.; Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR 2003/873.

Een ander probleempunt ten aanzien van bv 1-bv 2-structuren is het volgende. De temporiseringsperiode bedraagt acht jaar. Als ijkpunt geldt het moment van het vormen van de fiscale eenheid. Een overnameholding kan pas een fiscale eenheid vormen met de overgenomen partij op het moment dat zij meer dan 95% van de juridische en economische eigendom heeft van de aandelen in de werkmaatschappij, bijzondere bepalingen zoals art. 4 Besluit fiscale eenheid 2003 buiten beschouwing latende. Voor gefinancierde kapitaalstortingen geldt ook het tot stand komen van de fiscale eenheid als ijkpunt. Dit brengt mee dat fiscale eenheden die meer dan acht jaar bestaan straffeloos bv 1-bv 2-structuren kunnen toepassen. De temporiseringsperiode is immers al verlopen.⁴⁸⁶

6.10 Fraus legis naast (anti)winstdrainagewetgeving

6.10.1 Algemeen

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat de (anti)winstdrainagewetgeving een codificatie is van en een reactie vormt op de winstdrainagejurisprudentie. De vraag rijst of toepassing van *fraus legis* nog mogelijk is na de invoering van art. 10a en art. 15ad. Deze vraag is vooral interessant voor situaties die naar de letter van de wet niet onder deze bepalingen vallen, maar sterke overeenkomsten vertonen met wel geregelde gevallen. Mijns inziens doet de invoering van art. 10a en art. 15ad in beginsel niet af aan de mogelijkheid voor de toepassing van *fraus legis*. Door de invoering van deze bepalingen zijn het doel en de strekking van de wet immers niet veranderd. Wel zal het niet eenvoudig zijn te bepalen of *fraus legis* wordt toegepast ten aanzien van art. 8 (juncto art. 3.8 Wet IB 2001) dan wel ten aanzien van art. 10a.⁴⁸⁷

Marres plaatst (langs de door IJzerman geschetste lijnen) – mijns inziens terecht – op basis van jurisprudentie enkele kanttekeningen bij de hoofdregel dat *fraus legis* kan worden toegepast naast art. 10a en art. 15ad. Toepassing van *fraus legis* komt namelijk niet aan de orde in de volgende vier situaties:⁴⁸⁸

1. Een bepaalde mogelijkheid tot het ontgaan van belastingheffing is door de wetgever bewust niet (of slechts ten dele) gesanctioneerd;
2. Een structuur van het ontgaan is door de wetgever onderkend tijdens de parlementaire behandeling, maar hij heeft dienaangaande geen maatregelen genomen;

486. Kampschöer, G.W.J.M.; Pancham, S.R. & De Roos, I.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting FED fiscale brochure, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 96, Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 136 en Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 269.

487. Vergelijk Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 57.

488. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 64-65. Marres verwijst naar IJzerman, R.H.L.; Het leerstuk van de wetsonthouding in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991, blz. 139-144. Voor de derde uitzondering verwijst hij voorts naar Wattel, Algemeen belastingrecht, Kluwer, Deventer, 1999, blz. 66-67.

3. Een structuur voor het ontgaan van belastingheffing komt voort uit de gevolgde wetsystematiek;
4. Een structuur voor het ontgaan van belastingheffing is zo duidelijk dat de wetgever deze had moeten zien, maar bewust of onbewust geen actie heeft ondernomen.

Opgemerkt zij dat het onderscheid tussen deze uitzonderingen niet altijd eenvoudig valt te maken. Hierna ga ik – ter illustratie – in op enkele situaties waarin de vraag rijst, of *fraus legis* nog kan worden toegepast. Hiermee beoog ik geenszins een limitatieve opsomming te geven.⁴⁸⁹

6.10.2 Toepasselijkheid *fraus legis* naast art. 10a

Mijns inziens blijft het risico bestaan dat *fraus legis* van toepassing is op een complex van rechtshandelingen dat is opgezet om toepassing van art. 10a te omzeilen. Art. 10a, lid 2, onderdeel b beperkt – onder voorwaarden – renteaftrek, indien er sprake is van een interne verhangings. Daartoe is het van belang dat sprake is van verbondenheid. Denkbaar is dat een belang kleiner dan 33 1/3% 'intern' wordt verhangen. Naar de letter van art. 10a, lid 2, onderdeel b vindt beperking van renteaftrek geen toepassing. In zo'n situatie komt toepasselijkheid van *fraus legis* mogelijk aan bod. Er wordt namelijk weliswaar geen 'verbonden lichaam' ex art. 10a, lid 4 verworven, maar wel een gelieerde partij. Anders dan in HR 17 december 2004, BNB 2005/169 (zie hierna) is er geen sprake van een externe acquisitie. Door de verwerving van de gelieerde partij blijft voortdurende en willekeurige belastingverijdeling mogelijk. Afhankelijk van de feitelijke situatie is in zo'n geval mijns inziens mogelijk sprake van *fraus legis*, ondanks het feit dat art. 10a, lid 2, onderdeel b is geschreven voor 'interne verhangingen'.

De vraag rijst of deze situatie valt te brengen onder een van de in paragraaf 6.9.1 genoemde uitzonderingen. Het antwoord hierop valt niet eenvoudig te geven. Ik acht het verdedigbaar te stellen dat beperking van renteaftrek niet aan de orde dient te komen, omdat het een bewuste keus is van de wetgever om in een dergelijke situatie rente niet in aftrek te beperken. In lid 1 wordt immers niet de beperking van verbondenheid aangebracht.⁴⁹⁰ Voorts is deze structuur zo duidelijk dat de wetgever deze heeft behoren te zien, maar kennelijk bewust of onbewust geen actie heeft ondernomen. Als tegenargument geldt dat art. 10a mede moet worden gezien in het licht van de verdeling van de bewijslast. In de situatie van verbondenheid dient de belasting-

489. Voor andere voorbeelden verwijs ik naar Kruiswijk, A.; De bedrijfsfusie: een ondergeschoven kindje?, WFR 2001/1085 (zie ook paragraaf 6.8.3.2) en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 68-69.

490. De kans dat wij hier jurisprudentie over mogen verwachten acht ik overigens evenmin bijzonder groot. Hier valt tegenin te brengen dat de staatssecretaris in het Besluit van 3 mei 2002, nr. CPP 2001/3295M, BNB 2002/220, opmerkt dat 'ook in situaties dat aandelen worden verworven in niet-verbonden lichamen (onderstreping JvS) mogelijk de (volledige) renteaftrek door de inspecteur worden geweigerd in geval rente ter zake van geldleningen die verband houden met deze verwerving, is verschuldigd aan een verbonden lichaam, bij welk lichaam de corresponderende rentebate per saldo niet is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing'.

plichtige aannemelijk maken dat er toch zakelijk is gehandeld, dan wel dat er sprake is van compenserende heffing. Bij het ontbreken van wettelijke verbondenheid, maar bij de aanwezigheid van gelieerdheid, geldt deze 'omkering van de bewijslast' niet, maar dit wil niet zeggen dat voortdurende en willekeurige belastingverijdeling zonder meer mogelijk zou moeten zijn. In een dergelijk geval ligt de bewijslast evenwel bij fiscus. Uitgaande van het ontbreken van zakelijke overwegingen en compenserende heffing bestaat er daarom mijns inziens een risico voor *fraus legis*.

6.10.3 Toepasselijkheid *fraus legis* naast art. 15ad

Tot de invoering van de grondslageis in art. 15ad, lid 3, onderdeel a was het mogelijk om de volgende fiscaalvriendelijke structuur op te zetten. Een buitenlands concern neemt een in Nederland gevestigde vennootschap over, met behulp van een Nederlandse overnameholding. Het buitenlandse concern trekt met het oog op deze acquisitie vreemd vermogen aan (van een onafhankelijke derde) en stort dat als eigen vermogen in een tax-havenvennootschap, waar geen belasting naar de winst wordt geheven. Deze vennootschap verstrekt vervolgens een geldlening aan de overnameholding in Nederland. De overname is uiteindelijk gefinancierd met een externe geldlening, aangezien het eigen vermogen van de tax-havenvennootschap extern is gefinancierd door het buitenlandse concern. De staatssecretaris is van mening dat in dergelijke situaties sprake is van fiscale grensverkenning en wil geen zekerheid vooraf geven op dergelijke structuren.⁴⁹¹ Door de invoering van de grondslageis zijn dergelijke structuren fiscaal minder aantrekkelijk. Wel kan zo'n structuur nog worden opgezet door tussenschakeling van een verliesvennootschap of een vennootschap die is onderworpen aan een zeer laag tarief.

De vraag rijst of toepassing van *fraus legis* nog mogelijk is na de invoering van art. 15ad. In de literatuur bestaat hierover geen *communis opinio*.⁴⁹² Gelet op HR 17 december 2004, BNB 2005/169 lijkt deze vraag – zeker op het eerste gezicht voor externe acquisities – ontkennend te moeten worden beantwoord.⁴⁹³ In deze zaak achtte de Hoge Raad *fraus legis* niet aan de orde in de situatie van een overnameholding (externe acquisitie) waarbij de financiering plaatsvond door middel van een rentelo-

491. Besluit staatssecretaris van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, punt 2.1.3. Vergelijk in dit verband tevens MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 9, Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 43 en Besluit van 23 juni 1997, nr. DB96/4950, V-N 1997/35.3.

492. Vergelijk bijvoorbeeld Emmerig, B.; Beperking renteaftrek bij overnameholdings: waar zijn wij mee bezig?, WFR 2000/363 en De Soeten, G.H.; Winstdrainage en *fraus legis*, WFR 2003/256 die menen dat *fraus legis* niet meer naast art. 10a en art. 15ad kan worden toegepast. Anders Kruiswijk, A.; De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking, WFR 2002/1501 en haar naschrift bij voornoemde publicatie van De Soeten. Vergelijk voorts Heithuis, E.J.W.; Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer, WFR 1996/573 en Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 44-46 en 65-67. Voor een overzicht verwijs ik naar de conclusie van A-G Overgaauw bij HR 17 december 2004, BNB 2005/169 in het bijzonder punt 4.12-4.20.

493. Vergelijk ook Van der Geld, J.A.G. in zijn noot onder BNB 2005/169. De redactie van Vakstudie-Nieuws houdt evenwel een slag om de arm, zie V-N 2005/2.16 (= BNB 2005/169).

ze lening aan een in Ierland gevestigde vennootschap. Fraus legis was niet aan der orde ondanks het feit dat Ierland een kasstelsel heeft, waardoor de (fictieve) rentebaten daar niet werden belast.

In dit verband wijs ik op de volgende overweging van de Hoge Raad: *'Indien, zoals in het onderhavige geval, een concern door middel van een Nederlandse (holding-)vennootschap van derden de aandelen in een vennootschap overneemt en die (holding-)vennootschap ter financiering daarvan een schuld aangaat, is het zakelijk karakter van die schuld gegeven (onderstrepingen JvS), ook indien dit een renteloze schuld is aan een andere concern-vennootschap. Noch de omstandigheid dat het concern waartoe belanghebbende behoort voor de uit de onderhavige verwerving voortvloeiende financieringsbehoefte kon kiezen voor het daartoe aanwenden of aantrekken van eigen vermogen, zodat financiering met vreemd vermogen in die zin niet noodzakelijk was, noch de omstandigheid dat de fictieve rente in Ierland bij X-2 Plc niet als zodanig in de heffing is betrokken, wettigt elk op zichzelf of in combinatie de gevolgtrekking dat met de keuze welke in het onderhavige geval is gemaakt, is gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet. 's Hofs oordeel dat voor toepassing van een correctie op grond van het leerstuk van fraus legis geen plaats is, wordt derhalve, wat er zij van de door het Hof gebezigde grond voor dit oordeel, door het middel vergeefs bestreden'.*

Uit deze passage en in het bijzonder de onderstreepte frases, lijkt te kunnen worden afgeleid dat in geval van een externe acquisitie nooit fraus legis aan de orde kan komen. Of deze conclusie gerechtvaardigd is, vraag ik mij evenwel af. Ik zie namelijk nog enige ruimte in de overweging van de Hoge Raad om in een voorkomend geval anders te oordelen. De Hoge Raad oordeelt namelijk eerst dat het zakelijke karakter van de schuld een gegeven is en dat de aanwezige keuzevrijheid alsmede de niet-belastbaarheid in Ierland daaraan niet afdoen. Deze toevoegingen zijn mijns inziens in principe overbodig: als het zakelijke karakter is gegeven, kan daar evident niets aan afdoen. Anders was het immers geen gegeven. De redenen van de Hoge Raad voor de nadere uitleg kunnen mijns inziens tweeledig zijn:

1. De toevoeging geldt in wezen als overbodig; de Hoge Raad laat hiermee slechts zien dat ook de tegenargumenten van de inspecteur in beschouwing zijn betrokken; of
2. De toevoeging is niet overbodig; op de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel bestaan nog een of meer uitzonderingen/nuances. Deze uitzonderingen bestaan evenwel niet uit de door de inspecteur aangevoerde uitzonderingen.

Voor de eerste uitzondering pleit de stellige formulering van de Hoge Raad. Hieruit blijkt namelijk niet dat de Hoge Raad nog oog heeft gehad voor uitzonderingen. De Hoge Raad had dit duidelijk kunnen maken door het opnemen van een uitdrukking als 'in beginsel', zoals hij dit ook heeft gedaan bij BNB 1988/217. Nu een dergelijke frase ontbreekt, zou dit er op kunnen duiden dat de Hoge Raad van mening is dat fraus legis nooit van toepassing kan zijn bij een externe acquisitie. Tegen deze opvatting kan worden ingebracht dat de Hoge Raad niet expliciet heeft aangegeven dat er geen enkele mogelijkheid is voor toepassing fraus legis in de situatie van een externe acquisitie. Als de hoofdregel zo evident is, waarom zou de Hoge Raad dan bovendien aandacht schenken aan argumenten voor toepassing van fraus legis? Ik acht het dan ook niet uitgesloten dat de Hoge Raad de opvatting huldigt dat ook structuren met

externe acquisities kunnen worden getroffen door fraus legis, zij het in bijzondere situaties van evident misbruik.

In dit verband wijs ik nog op de volgende overweging uit BNB 1996/4: *'De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel gezien, strekt ter verwezenlijking van zake-lijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die – indien zij voor de heffing van de vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard – zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing'*. BNB 1996/4 betrof een interne verhangings. Deze overweging kan daarom niet zonder meer worden vertaald naar de situatie van BNB 2005/169. Wel vormt deze overweging mogelijk een aanwijzing dat in een bijzondere situatie ook bij een externe acquisitie fraus legis aan de orde kan komen.

In dit kader wijs ik voorts op HR 14 november 2003, BNB 2004/161. In dit voor de kapitaalsbelasting gewezen arrest overwoog de Hoge Raad namelijk als volgt: *'Dit brengt evenwel niet mede dat deze vrijstelling ook toepassing zou moeten vinden in gevallen waarin, met het oog op de toepassing van de vrijstelling, constructies worden opgezet, die in werkelijkheid elke betekenis missen maar die naar de letter toepassing van de vrijstelling meebrengen. Het is immers niet voor redelijke twijfel vatbaar dat het niet de bedoeling van de richtlijngever of van de wetgever is geweest dat het voordeel van de vrijstelling kan worden verkregen door aldus kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder recht op de vrijstelling ontstaat'*.

Ten slotte wijs ik nog op het gebruik van de frase *'in het onderhavige geval'* door de Hoge Raad. Lubbers wijst er in zijn algemeenheid op, dat indien de Hoge Raad woorden bezigt als *'in een geval als het onderhavige'*, voorzichtigheid moet worden betracht bij de toepassing van de geformuleerde regel op andere gevallen.⁴⁹⁴ Gelet op BNB 1996/4 en BNB 2004/161 in combinatie met de onduidelijkheid in BNB 2005/169, acht ik het niet uitgesloten dat de Hoge Raad fraus legis toch van toepassing acht in bepaalde situaties van een externe acquisitie. Hierbij kan wellicht worden gedacht aan bepaalde *'double dipstructures'*. In zo'n structuur leent een groepshoofd extern in. De ontvangen gelden worden vervolgens in een tax-havenvennootschap gestort. Deze vennootschap leent de gelden vervolgens uit aan een (nieuw opgerichte) Nederlandse vennootschap, die hiermee een acquisitie pleegt. Het is dan denkbaar dat het tussenplaatsen van de tax-havenvennootschap in werkelijkheid niet noodzakelijk is/elke betekenis mist, vergelijk BNB 1996/4 en BNB 2004/161.⁴⁹⁵ Fraus legis zou dan wellicht aan de orde kunnen komen.⁴⁹⁶

494. Lubbers, A.O.; *'Belastingarresten lezen en analyseren'*, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 108-109.

495. Vergelijk ook de noot van Hoogendoorn onder BNB 1996/3, ter zake van BNB 1996/4.

496. Vergelijk in dit verband Marres die de volgende opmerking van A-G Van Kalmthout (onderdeel 3.9 bijlage bij de conclusie bij HR 13 juli 2001, BNB 2001/398) aanhaalt *'belastingplichtigen mogen de fiscaal goedkoopste weg kiezen, maar dit mag niet leiden tot excessen'*. Volgens Marres is sprake van een exces bij gekunstelde financieringsconstructies waarbij bijvoorbeeld de oprichting van vennootschappen in tax havens plaatsvindt, zonder enige reële betekenis, Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door renteaftrek*, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 45-46.

Met de invoering van de grondslageis in de tegenbewijsregeling van art. 15ad ligt dit mogelijk nog wat genuanceerder. Door de invoering is een volledige double dipstructuur in combinatie met een fiscale eenheid niet meer mogelijk. Dat wil zeggen: de rente wordt formeel niet geschrapt, maar er vindt wel temporisering plaats. Daarmee is de structuur minder attractief. Gegeven het feit dat een dergelijke structuur thans onder de antimisbruikbepaling art. 15ad valt, lijkt het niet aannemelijk dat ook nog *fraus legis* zou kunnen worden gesteld. De wetgever heeft immers door wetgeving weergegeven, hoe een dergelijke situatie zijns inziens fiscaal dient te worden behandeld. Daarmee lijkt mij ook het gevaar geweken voor externe acquisities die niet worden getroffen door art. 15ad, omdat geen fiscale eenheid wordt (of kan worden) aangegaan. Het is dan namelijk niet redelijk dergelijke situaties slechter te behandelen, dan situaties waarin wel een fiscale eenheid is aangegaan. Voor toepassing van *fraus legis* zou geen plaats moeten zijn. Hierbij hou ik evenwel de mogelijkheid open dat dit in situaties van een *exces* anders is.

Ten aanzien van externe acquisities concludeer ik dat ook na BNB 2005/169 niet met volledige zekerheid kan worden gezegd, dat *fraus legis* niet meer (succesvol) kan worden gesteld. Met de invoering van de grondslageis in art. 15ad in combinatie met BNB 2005/169 verwacht ik evenwel dat dit een theoretisch discussie blijft en dat de rechter zich hierover niet meer hoeft uit te laten.

6.11 Antiwinstdrainagewetgeving en 'Werken aan winst'

6.11.1 Voorgestelde wijzigingen

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' worden enkele wijzigingen voorgesteld ten aanzien van de winstdrainagewetgeving. Kort samengevat komen de voornaamste wijzigingen op het volgende neer:

- Art. 10a geldt nog slechts in situaties van verbondenheid of situaties waarin verbondenheid ontstaat;
- De leden 1 en 2 van art. 10a wordt samengevoegd, waarmee deze leden dezelfde tegenbewijsregelingen krijgen;
- Beoogd wordt om eerder een besmet verband te laten ontstaan tussen rechtshandelingen en leningen;
- De temporeringsbepalingen (art. 14a, lid 8 en 9, art. 14b, lid 6 en 7 en art. 15ad) vervallen;
- Tegenover het vervallen van de temporeringsbepalingen staat dat bepaalde externe acquisities onder het bereik van art. 10a komen;
- Het begrip 'verbonden natuurlijk persoon' wordt nader gedefinieerd/uitgebreid; en
- Bij het tegenbewijs van de compenserende heffing ex art. 10a, lid 3, onderdeel b wordt expliciet een tarief genoemd.

Hierna ga ik nader in op de voorgestelde wijzigingen.

6.11.2 *Winstdrainage versus thin capitalisation*

In de MvT bij het wetsvoorstel gaat de staatssecretaris in op de kritiek op het naast elkaar bestaan van thin-capitalisationwetgeving en antiwinstdrainagewetgeving.⁴⁹⁷ De wetgever heeft bij de Wet wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 namelijk aangegeven, dat met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag (zie hoofdstuk 6) antiwinstdrainagewetgeving de voorkeur verdiende boven thin-capitalisationwetgeving. Als reden gaf hij onder meer dat de regels die grenzen stellen aan de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen nooit volledig aansluiten op de economische realiteit.⁴⁹⁸ Dienaangaande merkt de staatssecretaris op dat het zonder meer afschaffen van art. 10a waarschijnlijk tot gevolg zou hebben dat de vroegere fraus-legisjurisprudentie weer de basis zou gaan vormen voor bestrijding van gekunstelde rentestromen naar laagbelastende landen.⁴⁹⁹ Dit moge zo zijn, maar deze jurisprudentie laat zich mijns inziens desgewenst overrulen met wetgeving. Daarnaast kan de staatssecretaris aangeven, dat de Belastingdienst dergelijke structuren niet dient te attaqueren met fraus legis.⁵⁰⁰

De staatssecretaris wijst voorts op het gevaar dat, wanneer wordt volstaan met thin-capitalisationwetgeving tegen grondslaguitholling, vennootschappen die niet zijn ondergekapitaliseerd kasrondjes en verhangingen met verbonden lichamen in laagbelastende landen zouden kunnen gebruiken om eigen vermogen te vervangen door vreemd vermogen totdat de maximale ratio eigen vermogen versus vreemd vermogen is bereikt.

In dit verband merkt hij het volgende op: *‘Ook dat lijkt een weinig aantrekkelijke optie. Zeker niet, nu ons buurland België met zijn vermogensaftrek een aantrekkelijk land wordt om vermogen laagbelast te laten renderen’.*⁵⁰¹

Op zichzelf is dit een terecht punt, maar dit was in 1997 niet anders, zij het dat toen het vermogen laagbelast kon renderen in andere landen. Weliswaar golden toen de niet-ter-beleggingseis en art. 28b, in de voorgestelde tekst gelden dienaangaande – onder voorwaarden – art. 13, lid 10 en 11 (wv), alsmede art. 13a (wv). Het principe is echter niet anders.⁵⁰² Het argument van de staatssecretaris dat een afschaffing van

497. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 20.

498. Zie MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 10. Vergelijk voorts de brief van de staatssecretaris van Financiën inzake het internationaal fiscaal (verdrags)beleid, TK, 1997-1998, 25 087, blz. 46.

499. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 25.

500. Een dergelijke situatie doet zich ook voor bij de relatie tussen art. 2.5 Wet IB 2001 en het grens-ambtenarenarrest HR 12 maart 1980, BNB 1980/170. Hoewel dit arrest in beginsel blijft bestaan na de invoering van art. 2.5 Wet IB 2001, beroept de fiscus zich er niet op omdat de wetgever te kennen heeft gegeven met deze bepaling een andere benadering te willen volgen. Belastingplichtigen zullen zich er voorts (in beginsel) evenmin op beroepen, aangezien art. 2.5 Wet IB 2001 voor hen gunstiger uitwerkt dan BNB 1980/170.

501. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 20.

502. Wel bestond er een belangrijke aftrekbeperking (art. 13, lid 1 en art. 13a) voor rentelasten die kort samengevat verband hielden met buitenlandse deelnemingen.

art. 10a in combinatie met een aanscherping van de thin-capitalisationwetgeving – bijvoorbeeld door de toegestane verhouding van 3:1 tussen vreemd en eigen vermogen te verlagen – met zich brengt dat de bestrijding van misbruik niet langer mogelijk is spreekt mij meer aan, zij het dat mijns inziens de fraus-legisjurisprudentie in beginsel zijn gelding blijft behouden. Daar staat tegenover dat art. 10a – behoudens tegenbewijs – ook reële situaties treft en voorts dat een bepaling zoals art. 10b (wv) nu niet kan worden gezien als een maatregel die op uitgekiende wijze renteaftrek bestrijdt.

6.11.3 *Besmette rechtshandelingen van art. 10a (wv)*

6.11.3.1 *Algemeen*

In art. 10a (wv) worden de huidige leden 1 en 2 van art. 10a samengevoegd. Ingevolge art. 10a, lid 1 (wv) komt – bij het bepalen van de winst – rente⁵⁰³ ter zake van schulden die *rechtens dan wel in feite direct of indirect* zijn verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon niet in aftrek, voor zover die schulden *rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden* met een van de volgende rechtshandelingen:

- Een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat is onderworpen aan deze belasting, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;
- Een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam;
- De verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat is onderworpen aan deze belasting of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.

6.11.3.2 *Causaliteit*

Bij het bestuderen van art. 10a, lid 1 (wv) valt een aantal zaken op. Ten eerste is het opmerkelijk dat nogmaals de frase '*rechtens dan wel in feite direct of indirect*' is opgenomen. Samen met art. 10a, lid 2 (wv) – dat bepaalt dat van een verband ex lid 1 tussen een schuld en een rechtshandeling ook sprake kan zijn, indien de schuld is aangegaan na het verrichten van de rechtshandeling – is met deze aanvulling beoogd dat eerder een verband wordt aangenomen tussen de besmette transactie en de groepslening.⁵⁰⁴ Met deze uitbreiding/aanscherping wenst de staatssecretaris HR 17 juni 2005, BNB 2005/304 te overrulen.⁵⁰⁵ Volgens hem leidt deze aanscherping ertoe, dat ook de situatie waarin een kapitaalstorting in een groepsvennootschap in een laag

503. Hieronder vallen ook kosten en valutaresultaten.

504. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 20-21.

505. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 21 en 49. Voor een beknopte behandeling van dit arrest verwijst ik naar paragraaf 6.7.2.3.

belastend land een jaar later wordt teruggeleend, terwijl het voornemen tot teruglening nog niet in concrete vorm bestond ten tijde van de kapitaalstorting, onder het bereik van art. 10a valt.⁵⁰⁶

Waarschijnlijk leidt deze wetswijziging tot het door de staatssecretaris gewenste resultaat. Mijs inziens is dit echter niet zeker, aangezien het onduidelijk is hoe ruim de rechter de frase 'rechtens, dan wel in feite direct of indirect verband houden' wenst uit te leggen. Er dient immers sprake te zijn van een verband, zij het rechtens dan wel in feite direct of indirect. Dit betekent naar mijn mening dat er op het moment van de besmette rechtshandeling in ieder geval toch enig zicht moet zijn geweest op een latere vermogensbehoefte. 'Verband' zou niet zo breed moeten worden uitgelegd, dat indien er ooit op enig moment een dividenduitkering heeft plaatsgevonden iedere lening die later (rechtens dan wel in feite direct of indirect) wordt opgenomen bij een verbonden lichaam is besmet.⁵⁰⁷ In wezen bestaat er namelijk tussen een dividenduitkering en een latere lening wel enig verband. Dit verband wordt overigens wel minder sterk indien een vennootschap nog beschikt over voldoende eigen vermogen.⁵⁰⁸ Ondanks de dividenduitkering heeft de vennootschap nog wel de keuze tussen financiering met eigen vermogen of met additioneel vreemd vermogen.

Indien 'verband' wel zo breed zou moeten worden uitgelegd, brengt dit mijs inziens met zich dat een vennootschap geen onbesmette leningen (bij verbonden lichamen) meer zou kunnen opnemen, tot het bedrag dat in het verleden aan dividend is uitgekeerd. Een dergelijke benadering acht ik onjuist, omdat deze ingaat tegen de financieringsvrijheid van een vennootschap. Indien een vennootschap namelijk geen dividend uitkeert en het vermogen aanhoudt, dan heeft hij op het moment van de investering in beginsel de keuze tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. Behoudens aftrekbeperkingen is de rente gewoon aftrekbaar indien de belastingplichtige dan kiest voor financiering met een lening.⁵⁰⁹ Er bestaat immers financieringsvrijheid. Dat de winst niet is gereserveerd maar uitgekeerd, mag daaraan mijs inziens niet afdoen.

506. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 49.

507. Vergelijk in dit verband tevens Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064 en Kok, Q.W.J.C.H.; Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88. Ook deze auteurs zijn van mening dat art. 10a niet zó breed mag en moet worden uitgelegd.

508. Voor een kapitaalstorting is het mijs inziens nog duidelijker dat er geen verband bestaat tussen de storting en de lening. Door een kapitaalstorting verarmt een belastingplichtige immers niet. Het gestorte kapitaal kan immers op het niveau van de dochter worden aangewend en leidt in beginsel tot toekomstige dividenden en/of koerswinsten.

509. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld BNB 2005/51. Indien belastingplichtige geen dividend zou hebben uitgekeerd maar de winst had aangehouden als eigen vermogen, heeft hij op het moment van de investering in beginsel de keuze tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. Daarbij is de belastingplichtige ook in beginsel vrij, om een lening op te nemen bij een bank dan wel bij een verbonden lichaam. Dat belastingplichtige eerst dividend heeft uitgekeerd zou aan deze vrijheid – behoudens kunstmatige structuren waartegen art. 10a is gericht – niet af moeten doen.

Tijdens de parlementaire behandeling is duidelijk geworden dat het door een belastingplichtige in- en doorlenen waarbij er een uiteindelijke verband bestaat met een dividenduitdeling – terecht – niet leidt tot toepassing van art. 10a op het niveau van de belastingplichtige.

'De leden van de fractie van het CDA vragen of het aangepaste artikel 10a ook van toepassing kan zijn op de rente die belastingplichtige betaalt aan een verbonden Antilliaanse vennootschap C NV voor een opgenomen lening ter financiering van een lening aan een verbonden Nederlands lichaam A BV, dat met die lening een dividend aan een andere groepsmaatschappij financiert. Het door A BV uitgekeerde dividend is indirect gefinancierd met een schuld aan C NV. Ervan uitgaande dat A BV ook met C NV is verbonden, is behoudens het tegenbewijs van het derde lid artikel 10a van toepassing op de rente die A BV aan belastingplichtige betaalt. Belastingplichtige fungeert ten aanzien van de financiering als doorgeefluik. De rente die hij betaalt, valt niet onder de reikwijdte van 10a'.⁵¹⁰

Gelet op het voorgaande is de portee van de voorgestelde frase '*rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden*' in combinatie met art. 10a, lid 2 (wv) (nog) niet duidelijk. Ik meen dat het ongewijzigd opnemen van deze bepaling leidt tot rechtsonzekerheid bij belastingplichtigen. De minister heeft dienaangaande echter geen nadere duidelijkheid willen verschaffen.⁵¹¹ Gelet op het mogelijke bereik van de voorstellen lopen alle belastingplichtigen die in het (verre) verleden dividenduitkeringen hebben gedaan en thans een schuld hebben aan een verbonden lichaam, potentieel een risico op beperking van de renteaftrek. De wetswijziging heeft namelijk beperkte terugwerkende kracht. De bepaling geldt weliswaar slechts voor rentebetalingen van na 1 januari 2007, maar ook al ruim voor 1 januari 2007 bestaande financieringen en verrichte rechtshandelingen vallen onder het bereik van deze uitbreiding.

Gelet op bovenstaande onduidelijkheid en daaraan gekoppeld de rechtsonzekerheid pleit ik ervoor de uitbreiding van art. 10a met de zinsnede '*rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden*' en lid 2 geen doorgang te laten vinden.

6.11.3.3 Storting in een vennootschap

In paragraaf 6.5.2 wees ik er op dat een gefinancierde kapitaalstorting ook onder het bereik van art. 10a, lid 2, onderdeel b valt. Hierbij verdedigde ik dat mogelijk werd

510. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 80. Vergelijk in dit verband Pancham en Brandsma die een vergelijkbaar voorbeeld schetsen, Pancham S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774. Brandsma en Pancham wijzen er nog op dat de toezegging niet in lijn is met de wettekst en pleiten voor een aanpassing van de wettekst, Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064.

511. '*Of van een besmet verband sprake is, hangt zozeer af van het feitencomplex in het concrete geval dat het geven van meer voorbeelden weinig extra zekerheid biedt. Overigens is deze onzekerheid relatief omdat het alleen onzakelijke constructies betreft waarmee een laagbelaste schuld wordt gecreëerd*', Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 82.

gedoeld op een interne verhangings door middel van een kapitaalstorting.⁵¹² Voorts wees ik er in navolging van Marres op, dat art. 10a, lid 2, onderdeel b naar de letter van de wet eveneens toepassing vindt in de situatie dat een belastingplichtige aandelen krijgt uitgereikt die ten minste een derde belang vormen, terwijl belastingplichtige voor het nemen van de aandelen nog geen (derde) belang heeft in deze vennootschap.⁵¹³ Ik verdedigde dat voor toepassing van art. 10a, lid 2, onderdeel b moet worden uitgegaan van de omstandigheden voor het nemen van de aandelen, evenals bij een acquisitie wordt uitgegaan van de situatie voor de aankoop. De vraag rijst of deze benadering ook moet worden gekozen onder het voorgestelde art. 10a. Ik ben van mening dat dit (ten onrechte) niet het geval is. Voor de acquisitie is getuige art. 10a, lid 2, onderdeel c (wv) de beginsituatie namelijk niet van belang, maar is de eindsituatie relevant. Het lijkt daarom logisch dat ook bij een storting moet worden gekeken naar het eindresultaat. In art. 10a, lid 2, onderdeel b (wv) wordt hieraan evenwel niet expliciet gerefereerd. Besmet is namelijk *'een kapitaalstorting door de belastingplichtige (...) in een met hem verbonden lichaam'*. Daarbij lijkt naar de letter de beginsituatie doorslaggevend te zijn.

Indien niet de door Marres geschetste benadering wordt gevolgd – belastingplichtige heeft al op het moment van de storting een belang, omdat de storting pas plaatsvindt na de uitreiking van de aandelen – zouden interne en externe acquisities kunnen worden gefrustreerd door geen reguliere verwerving uit te voeren, maar een kapitaalstorting gevolgd door een terugbetaling van kapitaal. Van belang is dan wel dat onder *'de verwerving of uitbreiding van een belang'* ex art. 10a, lid 2, onderdeel c (wv) niet wordt begrepen een kapitaalstorting. Gegeven het feit dat de kapitaalstorting expliciet wordt benoemd in art. 10a, lid 2, onderdeel b (wv), lijkt het logisch dat een kapitaalstorting niet (mede) wordt begrepen onder art. 10a, lid 2, onderdeel c (wv).

6.11.3.4 Geen *'aanwending van vermogen'* meer

Bij de bestudering van art. 10a (wv) valt op dat de in het huidige art. 10a, lid 2, onderdeel c geregelde situaties – op het eerste gezicht – niet worden meegenomen in het wetsvoorstel. In de MvT merkt de staatssecretaris dienaangaande op, dat bij de samenvoeging van art. 10a, lid 1 en 2, de formulering van art. 10a, lid 2, onderdeel c niet wordt gecontinueerd vanwege de zeer ruime formulering van deze bepaling.⁵¹⁴ Het is echter de vraag of in hoeverre art. 10a (wv) minder breed uitwerkt dan het huidige art. 10a. In art. 10a, lid 1, onderdeel a, b en c staat naast *'de belastingplichtige'* namelijk ook *'of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onder-*

512. Hierbij stort de overnemende partij de 'koopsom' in de te acquireren dochter, die volgens de aandelen van de van de oude aandeelhouder inkoopt. Voor een schematische weergave verwijs ik naar paragraaf 6.5.2.

513. Zie Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 136-137. Reeds op het moment van de storting heeft belastingplichtige namelijk een belang omdat de storting pas plaatsvindt na de uitreiking van de aandelen.

514. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 49. Of art. 10a, lid 2, onderdeel c daadwerkelijk zo breed uitwerkt als de wetgever wenst, is zeer de vraag. Het is zelfs denkbaar dat art. 10a, lid 2, onderdeel c zinledig is. Voor een nadere beschouwing van de reikwijdte van art. 10a, lid 2, onderdeel c verwijs ik naar paragraaf 6.5.2.

worpen'. Dit betekent bijvoorbeeld dat naar de letter van de wet art. 10a, lid 1 onderdeel a (wv) toepassing kan vinden, indien een met de belastingplichtige (aan vennootschapsbelasting onderworpen) vennootschap een dividend uitkeert en belastingplichtige vervolgens een lening opneemt bij de dividendontvanger (die is verbonden met de belastingplichtige). Uit art. 10a, lid 2 (wv) blijkt namelijk dat van een verband ex art. 10a, lid 1 ook sprake kan zijn indien de schuld is aangegaan na het verrichten van de rechtshandeling. Ook in dergelijke situaties rijst de vraag in hoeverre causaliteit bestaat tussen de dividenduitkering en de lening, zie paragraaf 6.11.3.2.

Een verschil tussen art. 10a, lid 1 (wv) en art. 10a, lid 2, onderdeel c is dat de term 'aanwending van vermogen' niet langer opgeld doet. Daarmee lijkt het wetsvoorstel op dit punt beperkter te zijn dan de huidige tekst, maar zeker is dit niet. Allereerst is het de vraag hoe breed 'aanwending van vermogen' dient te worden uitgelegd. Het verstrekken van (reguliere) leningen valt hier mijns inziens niet onder. Voorts is het kwestieus of de externe overname van een financieringsvennootschap (door een in Nederland gevestigd verbonden lichaam) die vervolgens gaat lenen aan de belastingplichtige hier onder valt, vergelijk paragraaf 6.5.2. Een dergelijke situatie is echter mogelijk ook te vatten onder art. 10a, lid 2, onderdeel c (wv). Er is namelijk sprake van een verwerving door een met de belastingplichtige verbonden lichaam dat is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Vervolgens dient dan nog 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' een verband te bestaan tussen de overname en het verstrekken van de lening door het verworven lichaam. Indien het een vooropgezette structuur betreft, is dit verband aanwezig. Dit is kennelijk ook de benadering die de minister voorstaat.⁵¹⁵

Gelet op het voorgaande is het de vraag in hoeverre art. 10a, lid 1 (wv) nu zoveel minder ruim is dan art. 10a, lid 2, onderdeel c, zeker nu de staatssecretaris gelet op de MvT en art. 10a, lid 2 (wv) het begrip 'verband houden met' ruim wenst uit leggen. Daarnaast werkt art. 10a, lid 1 (wv) mijns inziens op het volgende punt zeker ruimer uit dan art. 10a.

De reikwijdte van art. 10a, lid 2, onderdeel c is beperkt tot een verbonden '*in Nederland gevestigd lichaam*', terwijl het in art. 10a, lid 1 (wv) gaat om '*een verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen*'. Dit betekent bijvoorbeeld, dat indien een in het buitenland gevestigde vennootschap met een vaste inrichting ex art. 17, lid 3, onderdeel a of een aanmerkelijk belang ex art. 17, lid 3, onderdeel b kapitaal stort in een verbonden lichaam en dit verbonden lichaam een lening verstrekt aan belastingplichtige, art. 10a, lid 1, onderdeel b (wv) mogelijk toepassing vindt. Mij is niet op voorhand duidelijk, waarom de staatssecretaris deze situaties onder het bereik van

515. In de Nota navv merkt de minister namelijk het volgende op: '*De Orde vraagt of de aankoop van aandelen in een financieringsmaatschappij in een taxhaven, welke gaat lenen aan een Nederlandse groepsmaatschappij, onder artikel 10a valt. Deze situatie valt onder artikel 10a, eerste lid, onderdeel c, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs van het derde lid*', Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 102.

art. 10a (wv) wil brengen. In dergelijke situaties is namelijk geen sprake van het uithollen van de Nederlandse heffingsgrondslag. Anders geformuleerd, is er geen sprake van het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen binnen Nederland. Wellicht komt deze wijziging voort uit het feit dat het in het buitenland gevestigde lichaam voor die kapitaalstorting winst aanwendt die afkomstig is uit in Nederland belastbare activiteiten. Het staat evenwel niet vast dat het gestorte kapitaal (volledig) afkomstig is uit de in Nederland belastbare winst. De toepasselijkheid van art. 10a (wv) is echter niet beperkt tot situaties waarin de gelden van de lening uiteindelijk afkomstig zijn uit Nederland. Daarmee worden mijns inziens het oorspronkelijke bereik en de oorspronkelijke ratio van art. 10a, lid 2, onderdeel c verder opgerekt. Volgens de minister kan in dergelijke situaties de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a (zakelijke overwegingen) uitkomst kan bieden,⁵¹⁶ kennelijk ondanks hetgeen is opgemerkt in het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, punt 2.1.3.

6.11.3.5 Samenloop art. 10a en art. 10, lid 1, onderdeel d

In de tot 2007 geldende wettekst van art. 10a wordt verwezen naar art. 10, lid 1, onderdeel d (zie paragraaf 6.4.4). In art. 10a (wv) ontbreekt deze verwijzing en is deze nadien ook niet toegevoegd in een NvW. Normaliter acht ik een dergelijke verwijzing niet nodig, aangezien een deelnemerschapslening kwalificeert als kapitaal en dus kan vallen onder een kapitaalstorting of een terugbetaling van kapitaal. De staatssecretaris en de minister stellen zich evenwel op het standpunt dat een deelnemerschapslening kwalificeert als een hybride lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d en dus niet als een kapitaalstorting. Gelet op deze achtergrond acht ik het verdedigbaar dat art. 10a naar de letter van de wet niet ziet of rente ter zake van leningen die verband houden met het verstrekken, verwerven of aflossen van een deelnemerschapslening.⁵¹⁷ Opgemerkt zij wel dat de minister in de Nota navv heeft bevestigd, dat een lening die feitelijk functioneert als eigen vermogen onder de voorgestelde regeling ook voor de toepassing van art. 10d kwalificeert als eigen vermogen.⁵¹⁸

6.11.4 Schulden in plaats van geldleningen

Het in de huidige wet door elkaar gebruiken van de begrippen lening, geldlening en schuldvordering leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.⁵¹⁹ Naar de letter van de wet is bijvoorbeeld art. 10a slechts van toepassing op leningen die in een geldbedrag denomineren. Leningen die in een andere eenheid denomineren zoals goud of aandelen, lijken derhalve niet onder dit artikel te vallen. Hetzelfde geldt voor financieringswijzen die sterk lijken op een geldlening maar dit niet zijn, bijvoorbeeld een financial-leasevordering. In paragraaf 6.7.2.1 gaf ik aan dat de Rechtbank Breda een

516. Vergelijk Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 101.

517. Anders Pancham S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774.

518. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 84-85.

519. Zie in dit verband bijvoorbeeld paragraaf 6.7.2.1 en paragraaf 4.2.3.

ruime uitleg voorstaat van het begrip geldlening.⁵²⁰ In art. 10a (wv) wordt de term 'geldlening' vervangen door 'schulden'. Dit begrip lijkt ruimer te zijn dan geldlening. Voorts lijken hieronder ook financial-leaseschulden e.d. te moeten worden gevat.⁵²¹

De uitbreiding van art. 10d (wv) (zie paragraaf 7.9) die inhoudt dat 'onder geldlening alleen verstaan een geldlening met betrekking waartoe' wordt vervangen door 'onder geldlening verstaan een vordering of schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst en waarbij bij een schuld', wordt namelijk als volgt toegelicht: 'Dit heeft geleid tot een uitbreiding in artikel 10d van het begrip geldleningen met Vorderingen en schulden (onderstreping JvS) die berusten op een overeenkomst welke in economische zin vergelijkbaar is met een overeenkomst van geldlening. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan financial lease en aan huurkoop'.⁵²² Vergelijk voorts de toelichting op art. 12c, lid 6, onderdeel a (wv): 'Behalve geldleningen in de zin van het burgerlijk recht behoren daartoe ook vorderingen en schulden (onderstreping JvS) die berusten op een overeenkomst welke in economische zin vergelijkbaar is met een overeenkomst van geldlening. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan financial lease en aan huurkoop'.⁵²³

Met de vervanging van 'geldlening' door 'schuld' in art. 10a wordt duidelijk dat het begrip geldlening steeds eenduidig moet worden uitgelegd, althans voor zover het art. 10a en art. 10d betreft. Ook in art. 10, lid 1, onderdeel d komt 'geldlening' voor. Uitgaande van de uitleg van de staatssecretaris dat deelnemerschapsleningen thans vallen onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d (quod non) dient 'de geldlening' in art. 10, lid 1, onderdeel d mijns inziens anders te worden uitgelegd dan 'de geldlening' in art. 10d. Dit leid ik af uit de parlementaire geschiedenis van art. 10d

Aldaar merkte de wetgever ten aanzien van deelnemerschapsleningen namelijk het volgende op: 'Indien echter een dergelijke geldlening ook zonder de toepassing van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, als eigen vermogen zou worden aangemerkt, wordt deze voor de toepassing van de thincap-maatregel wel tot het eigen vermogen gerekend'.⁵²⁴

De staatssecretaris is mijns inziens niet geheel geslaagd in zijn verduidelijkingsactie. Naast de onduidelijkheid ten aanzien van art. 10, lid 1, onderdeel d rijst nu de vraag, hoe het begrip geldlening moet worden uitgelegd voor toepassing van bijvoorbeeld art. 8c. Uit het voorgaande lijkt namelijk te kunnen/moeten worden afgeleid dat met elkaar samenhangende financial-leasevorderingen en schulden niet kunnen worden begrepen onder art. 8c. Voorts lijken 'renteloze' financial-leaseschulden zonder vaste looptijd of met een looptijd van meer dan tien jaar niet onder het bereik van art. 10b te kunnen vallen. Een dergelijke benadering lijkt mij niet beoogd en ik acht wetswijzigingen op dit punt geboden.

520. Zie Rechtbank Breda, 23 december 2005, NTFR 2006/149.

521. De minister licht dit als volgt toe: 'Met het gebruik van de term "schuld" in plaats van "geldlening" wordt verduidelijkt dat het niet de bedoeling is de werking van dit artikel te beperken tot geldleningen in civielrechtelijke zin', Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 101.

522. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 50.

523. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 53.

524. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

6.11.5 *Samenvoegen lid 1 en lid 2*

In art. 10a wordt momenteel een onderscheid gemaakt tussen situaties die vallen onder het eerste lid en situaties die kwalificeren voor het tweede lid. Een belangrijk verschil tussen deze twee leden is het verschil in tegenbewijsregelingen. Voor het eerste lid geldt (kort samengevat) dat slechts tegenbewijs kan worden geleverd door het aannemelijk maken van zakelijke overwegingen. Voor situaties onder het tweede lid staat naast het aannemelijk maken van zakelijke overwegingen tevens de tegenbewijsmogelijkheid open van het aannemelijk maken van compenserende heffing.⁵²⁵ Opgemerkt zij wel, dat met het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90, punt 1.5 het verschil voor tegenbewijsmogelijkheden voor situaties die onder het eerste lid dan wel het tweede lid vallen, aanzienlijk is gemitigeerd. Desalniettemin blijft het tegenbewijs van art. 10a, lid 1 stringenter. In paragraaf 6.7.2.6 pleitte ik er voor om de tegenbewijsregelingen voor art. 10a, lid 1 en lid 2 gelijk te schakelen. In het wetsvoorstel worden art. 10a, lid 1 en lid 2 samengevoegd en krijgen ze dezelfde tegenbewijsregeling. De voorgestelde tegenbewijsregeling komt voor een belangrijk deel overeen met het huidige art. 10a, lid 3. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid en rechtvaardigheid onderschrijf ik dit voorstel, ervan uitgaande dat art. 10a in combinatie met de andere renteaftrekbeperking de voorkeur verdient boven een fundamentele oplossing, quod non.

6.11.6 *Beperking tot structuren met verbonden lichamen*

Vanwege het gebruik van de term 'rechthebbende' kan art. 10a, lid 1 ook toepassing vinden buiten situaties van verbondenheid. Uit de wetsgeschiedenis valt overigens af te leiden dat ook art. 10a, lid 1 met name is gericht tegen schuldigeringen binnen concernverband.⁵²⁶ Thans vallen evenwel ook situaties van schuldig gebleven dividenduitkeringen aan aandeelhouders met relatief kleine belangen onder het bereik van dit artikel.⁵²⁷ In dergelijke situaties kan echter veelal tegenbewijs worden geleverd, nu onder meer het voeren van een consistente dividendpolitiek in de regel als zakelijk valt aan te merken. Desalniettemin gaat mijn voorkeur uit naar een zodanige aanpassing van de huidige tekst van art. 10a, lid 1 dat toepassing beperkt blijft tot schuldigeringen van winstuitdelingen enz. aan verbonden lichamen/persoon. In het wetsvoorstel wordt een dergelijke wijziging doorgevoegd. Art. 10a (wv) geldt nog slechts in situaties waarin verbondenheid bestaat of ontstaat.⁵²⁸ Hierbij merk ik op dat de grens van verbondenheid (33 1/3%) arbitrair blijft.⁵²⁹

525. Zie in dit verband onder meer paragraaf 6.7.2.6 inzake het verschil tussen de tegenbewijsregelingen van lid 1 en lid 2.

526. Vergelijk bijvoorbeeld MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 14-15. Zie in dit verband nader paragraaf 6.4.3.

527. In gelijke zin Meijer, D.G.A.; Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001, blz. 25 en de daar aangehaalde literatuur.

528. Vergelijk Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 81.

529. Zie hiervoor nader paragraaf 6.7.2.5.

De vraag rijst hoe voor toepassing van art. 10a, lid 1, onderdeel c (wv) dient te worden omgegaan met opeenvolgende verwervingen/uitbreidingen. Art. 10a, lid 1, onderdeel c (wv) kan zo worden gelezen dat naar de letter van de wet slechts de laatste verwerving of uitbreiding is besmet, indien pas na deze verwerving of uitbreiding verbondenheid ontstaat tussen de overgenomen vennootschap en de belastingplichtige.

Ter illustratie dient het volgende. Indien een vennootschap een belang verwerft van 30% in een onafhankelijke derde, ontstaat geen verbondenheid door deze verwerving en is er derhalve geen sprake van toepassing van art. 10a indien de acquisitie wordt gefinancierd met een lening van een verbonden lichaam. Pas de volgende acquisitie van 3 1/3% is besmet, aangezien het verworven lichaam na de uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam is.

Art. 10a, lid 1, onderdeel c (wv) kan evenwel ook anders worden gelezen. Op enig moment na de eerste verwerving (namelijk na de uitbreiding met 3 1/3%) zijn de belastingplichtige en de geacquireerde partij namelijk verbonden. Gelet op de bewoordingen lijkt de eerste lezing mij het meest logisch; 'na de verwerving' moet worden gelezen als direct na de verwerving en niet op enig moment in de toekomst. Gelet op het bovenstaande voorbeeld is een dergelijke uitleg waarschijnlijk niet in overeenstemming met de ratio van de bepaling. Ik acht het daarom niet uitgesloten dat de fiscus het knippen van een acquisitie in twee delen (succesvol) bestrijdt met *fraus legis*, dan wel door een extensieve uitleg van art. 10a, lid 1, onderdeel c (wv). Structuren waar verbondenheid ontstaat tussen de belastingplichtige en de overgenomen partij door inkoop van aandelen van andere aandeelhouders vallen in mijn lezing niet onder het bereik van art. 10a. Voorts acht ik *fraus legis* – behoudens excessen – niet van toepassing. Ook de minister staat de benadering voor dat *fraus legis* slechts in zeer uitzonderlijke situaties aan de orde kan komen.⁵³⁰

De NOB vraagt waarom in art. 10a, lid 1, onderdeel c (wv), geen uitzondering is gemaakt voor aandelen die niet kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling.⁵³¹ Dienaangaande merkt de minister op dat ook in zo'n situatie sprake kan zijn van een onzakelijke opzet gericht op belastingbesparing en dat als dat niet het geval is belastingplichtigen eenvoudig zakelijke overwegingen aannemelijk kunnen maken.⁵³² Hoewel dit inderdaad denkbaar is, valt de keuze van de minister mijns inziens niet volledig te rijmen met paragraaf 1.1 van het besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90.

530. 'Het is niet uitgesloten dat *fraus legis* van toepassing zou kunnen zijn bij renteaftrek. Het moet dan gaan om een uitzonderlijke situatie, waarbij de grens van geoorloofde belastingbesparing duidelijk is overschreden. Omdat dergelijke gevallen al verregaand zijn gecodificeerd, met name in artikel 10a, zal toepassing van *fraus legis* ten aanzien van renteaftrek zich in de praktijk niet snel kunnen voordoen', Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 45.

531. Deze onevenwichtigheid geldt overigens ook al onder het huidige art. 10a, lid 2, onderdeel b (behoudens voor zover een wijziging plaatsvindt in het uiteindelijke belang).

532. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 102.

Aldaar merkt de staatssecretaris namelijk het volgende op: 'Mede in het licht van de uitspraak van Hof Den Haag van 8 april 1997, nr. 95/0925, zijn rentelasten van leningen die zijn ontstaan in verband met activa-passiva transacties door verbonden lichamen of natuurlijke personen aftrekbaar indien en voorzover daadwerkelijk binnen Nederland is afgerekend over de stille reserves (incl. goodwill) die bij deze transactie tot uitdrukking zijn gekomen. Indien en voorzover deze daadwerkelijke afrekening niet heeft plaatsgevonden wordt aan de hand van het concrete geval bezien of fraus legis de renteaftrek beperkt'.

In de situatie van een activa-passivatransactie waarbij wordt afgerekend komt *fraus legis* in het geheel niet aan de orde, terwijl de acquisitie van een kwalificerend aandelenbelang in beginsel leidt tot beperking van renteaftrek, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt. Overigens kan ik mij goed voorstellen dat de minister deze lijn kiest. Een andere benadering zou de wetgeving namelijk aanmerkelijk ingewikkelder maken, mede gelet op de flankerende wetgeving die ik nodig acht om misbruik tegen te gaan.

6.11.7 Invulling compenserende heffing en zakelijke overwegingen

Compenserende heffing

Opvallend is dat de staatssecretaris voorstelt om in art. 10a, lid 3, onderdeel b, tweede volzin (wv) expliciet te benoemen wanneer ten minste sprake is van 'compenserende heffing'. Dit begrip wordt namelijk ingevuld in die zin dat een winstbelasting die resulteert in een effectieve druk van ten minste 10% kwalificeert als een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.⁵³³ Mijns inziens verdient de staatssecretaris lof dat hij het heeft aangedurfd een vast percentage op te nemen. Wel behoudt hij nog enige speling, aangezien dit tarief wel moet worden berekend over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Wel lijkt de minister hierbij enige soepelheid te betrachten. Hij merkt op dat het niet voor de hand ligt dat iedere afwijkende buitenlandse winstbepaling aanleiding zal zijn voor een verzoek tot omrekening naar de Nederlandse grondslag. Dit is volgens hem slechts noodzakelijk als het nominale buitenlandse tarief onder de 10% ligt, of als er sprake is van een regime waarbij de effectieve belastingdruk duidelijk onder dat percentage kan uitkomen.⁵³⁴ Van zijn opmerking dat eventuele twijfelgevallen vooraf kunnen worden voorgelegd aan de Belastingdienst, verwacht ik weinig heil. Het ligt in de lijn der verwachting dat een inspecteur in een twijfelgeval zal aangeven dat omgerekend moet worden.

Bij de publicatie van het wetsvoorstel rees de vraag in hoeverre de staatssecretaris rekening had gehouden met de samenloop met de rentebox van het voorgestelde art. 12c. Hierbij is allereerst de situatie te onderscheiden waarin de debiteur en de crediteur allebei vallen onder het renteboxregime. Er is dan geen sprake van tariefarbitrage, aangezien de debiteur de rente aftrekt tegen (effectief) 5% en de crediteur wordt belast tegen ditzelfde percentage. Het lijkt dan niet redelijk om het tegenbewijs van de compenserende heffing niet van toepassing te laten zijn, omdat het tarief effectief

533. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 21 en 49.

534. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 45.

5% bedraagt.⁵³⁵ Voorts is het voorstelbaar dat de debiteur en de crediteur verbonden lichamen zijn ex art. 10a (wv) ($33\frac{1}{3}\%$), maar niet ex art. 12c (wv) ($>50\%$). Daarom is het mogelijk dat de rentebaten bij de crediteur vallen onder het renteboxregime, terwijl de rentelasten in beginsel tegen het reguliere tarief in aftrek komen. De vraag rijst hoe de frase ‘naar een heffing van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst’ moet worden begrepen. Bij NvW heeft de minister dit nader ingevuld. Het wetsvoorstel luidt op dit punt nu als volgt: ‘Een naar de winst geheven belasting is naar Nederlandse maatstaven redelijk indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikelen 12b en 12c buiten toepassing blijven’. Bij de NvW is de door mij onderstreepte passage toegevoegd. Met deze wijziging beoogt de minister duidelijk te maken, dat bij het naar Nederlandse maatstaven bepalen van de belastbare winst, de octrooi-box en de groepsrentebox buiten beschouwing blijven. Dit heeft als gevolg dat rentebaten en rentelasten volledig worden meegenomen bij de grondslagbepaling.⁵³⁶

De minister merkt in de Nota navv op, dat de bewoordingen ‘per saldo’ zo kunnen worden begrepen dat niet vereist is dat de ontvangst van de rentebetaling daadwerkelijk tot belastingheffing leidt, indien tegenover de rentebaten bijvoorbeeld rentelasten staan.⁵³⁷ Hij tekent daarbij wel aan, dat de aanwezigheid van corresponderende rentelasten kan betekenen dat de crediteur fungeert als doorgeefluik binnen het concern, zodat de compenserende heffing in een volgende schakel (crediteur van crediteur) moet worden beoordeeld. Hoewel deze benadering logisch is, leidt deze wel tot hogere kosten voor belastingplichtigen om het tegenbewijs te leveren en tevens rechtsonzekerheid. Het is namelijk niet duidelijk wanneer een crediteur kwalificeert als ‘een doorgeefluik’. Als safe haven zouden wellicht kunnen gelden art. 8c, of de kwalificatie als uiteindelijke gerechtigde conform het OESO-Modelverdrag. Dit zou echter betekenen dat art. 10a kan worden omzeild door tussenschakeling van een normaal belast doorstroomlichaam.

In de Nota navv benadrukt de minister verder dat – evenals onder de huidige wettekst – geen sprake is van een redelijke heffing over de rentebate, indien de heffing over die rente naar de (verre) toekomst wordt verschoven.⁵³⁸

Gelet op het door de staatssecretaris gekozen lage tarief lijkt het in paragraaf 6.7.3 geconstateerde risico van de strijdigheid van art. 10a met EU-recht aanzienlijk gemitigeerd.⁵³⁹ Mijns inziens bestaat dit risico echter nog steeds voor de compenserende

535. Voorts is sprake van een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de grondslag wordt ingeperkt. Het statutaire tarief wordt niet verlaagd. De rentebox is derhalve een grondslagmaatregel en geen tariefmaatregel. Wel leidt de rentebox tot een lager effectief tarief.

536. NvW, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 13.

537. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 80.

538. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 101-102.

539. Vergelijk in dit verband European Tax Handbook 2005, European tax center, Kesti, J., blz. 9. Uit de daar opgenomen staat blijkt dat geen van de EU-lidstaten een regulier vennootschapsbelastingtarief heeft van minder dan 10%.

heffingstoets van art. 10a. Het aftrekrecht in Nederland is immers afhankelijk van de wijze van heffing op het niveau van de crediteur en in voorkomende gevallen dus van wijze van heffing in een ander EU-land.⁵⁴⁰ Daarbij is het denkbaar dat landen een bijzonder regime hanteren, bijvoorbeeld voor financieringslichamen.⁵⁴¹ De vraag rijst of – in het bijzonder in EU-situaties – het niet toestaan van renteaftrek door Nederland bij het ontbreken van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing, strijdig moet worden geacht met EU-recht. Voorts is het de vraag, of de eis van een naar Nederlandse maatstaven redelijke grondslag in overeenstemming is met EU-recht. Ter illustratie wijs ik op het Belgische systeem van de notionele interestaftrek, per 1 januari 2006. Door deze aftrek over het eigen vermogen daalt de grondslag aanzienlijk, mogelijk tot onder een effectief tarief van 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Gelet op het voorgaande blijft de strijdigheid met EU-recht mijns inziens een risico voor art. 10a.⁵⁴²

Zakelijke overwegingen

Een belangrijke vorm van tegenbewijs is de mogelijkheid dat de geldlening en de rechtshandeling zakelijk zijn, indien de geldlening uiteindelijk extern gefinancierd is en sprake is van paralleliteit tussen de geldlening en deze externe financiering. Dit is onder meer geformaliseerd in het besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90. De minister geeft desgevraagd aan, dat deze tegemoetkoming blijft gelden onder de nieuwe wetgeving.⁵⁴³ Overigens geldt dit ook voor de andere tegemoetkomingen.

*‘Beleidsbesluiten, voor zover deze betrekking hebben op ongewijzigd gebleven onderdelen van het voorgestelde artikel 10a, blijven hun gelding behouden, zo kan ik deze leden antwoorden’.*⁵⁴⁴

Deze benadering van de minister onderschrijf ik geheel. Wel acht ik het raadzaam dat spoedig na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel een geactualiseerd besluit wordt uitgevaardigd, waarin wordt aangegeven welke toezeggingen nog gelden en welke hun kracht hebben verloren.

6.11.8 Verduidelijking/uitbreiding begrip verbonden lichaam

De staatssecretaris stelt voor het begrip verbonden lichaam te wijzigen, door een volzin toe te voegen aan art. 10a, lid 4 onderdeel c.

Deze toevoeging luidt als volgt: ‘Daarbij wordt een belang dat wordt gehouden door de echtgenoot of een minderjarig kind van een natuurlijk persoon aan die persoon toegerekend. Met een

540. Voorts is het nog niet volledig duidelijk in hoeverre een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden gedaan in situaties met derde landen, vergelijk art. 57 EG.

541. Vergelijk in dit verband HR 8 februari 2002, BNB 2002/118 (Ierse IFSC arrest).

542. Getuige Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 69-70 is de minister van mening dat art. 10a wel in overeenstemming is met EU-recht.

543. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 81.

544. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 83 en vergelijk ook blz. 102 ten aanzien van de continuering van beleid omtrent garanties.

echtgenoot wordt gelijkgesteld de ongehuwde meerderjarige die ingevolge artikel 1.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 kan kwalificeren als partner. Onder een kind wordt mede verstaan een kind van een echtgenoot alsmede een pleegkind'.

In de MvT geeft de staatssecretaris aan het verbonden lichaam te hebben 'verduidelijkt' met deze wijziging. Daarmee bedoelt hij dat onder art. 10a, lid 4, onderdeel c al relaties vielen via de echtgenote, partner of minderjarige kinderen.⁵⁴⁵ Mijns inziens betreft het hier echter geen verduidelijking, maar een (op zichzelf begrijpelijke) uitbreiding.

In art. 10a, lid 5, onderdeel a wordt voor toepassing van art. 10a (en art. 15ad) als een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon aangemerkt: *'een natuurlijk persoon die voor tenminste een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden lichaam'.* De echtgenoot, partner etc. worden hierbij niet in de beschouwing betrokken. Voor toepassing van art. 13b wordt als een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon aangemerkt: *'een natuurlijk persoon die, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, voor tenminste een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden lichaam, alsmede de echtgenoot van deze persoon en een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van deze persoon. Een pleegkind, een echtgenoot van een pleegkind en een pleegouder worden daarbij gelijkgesteld met bloed- of aanverwanten. Met een echtgenoot wordt gelijkgesteld de ongehuwd meerderjarige die ingevolge artikel 1.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 kan kwalificeren als partner'.*

Ik acht het zeer onlogisch dat voor toepassing van art. 10a, lid 4, onderdeel c het begrip 'een derde' zou moeten worden ingevuld door ook met de derde 'gelieerde' verbonden natuurlijke personen in aanmerking te nemen. In art. 10a, lid 5 is namelijk nu juist een duidelijk onderscheid gemaakt tussen onderdeel a (gelieerde natuurlijke personen tellen niet mee) en onderdeel b (gelieerde natuurlijke personen tellen wel mee). Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de voorgestelde aanpassing in art. 10a, lid 4, onderdeel c niet kwalificeert als verduidelijking maar als aanvulling/aanscherping. In de Nota navv heeft minister desgevraagd wederom aangegeven dat sprake is van een verduidelijking en niet van een uitbreiding.

*'Het is ook onder de huidige wetgeving de bedoeling dat de bovengenoemde kunstmatige constructies (dit zijn relaties via de echtgenote, partner of minderjarige kinderen, JvS) worden bestreden. Omdat verschil van opvatting mogelijk is over de vraag of die bedoeling voldoende in de huidige wettekst tot uitdrukking komt, is die tekst verduidelijkt. Dergelijke mogelijke verschillen van opvatting liggen in het algemeen ten grondslag aan verduidelijkingen van de wet. Net als bij andere wetswijzigingen ligt het voor de hand om hierbij als uitgangspunt onmiddellijke werking te hanteren. In dit geval zie ik geen aanleiding om van dit uitgangspunt af te wijken.'*⁵⁴⁶

545. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 21 en 49-50.

546. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 82.

Ik deel de opvatting van de wetgever niet en ben met de leden van de VVD-fractie van mening dat sprake is van een uitbreiding.

6.11.9 *Invulling begrip verbonden natuurlijk persoon voor art. 10a*

In art. 10a, lid 5 is het begrip ‘verbonden natuurlijk persoon’ nu ingevuld. Hierbij gelden verschillende definities voor art. 10a/art. 15ad en art. 13b/art. 13ba. Om een voor mij onverklaarbare reden werd in de oorspronkelijk voorstelde tekst van art. 10a, lid 5 (wv) nog slechts verwezen naar art. 13b en art. 13ba, en niet meer naar art. 10a. Volgens de staatssecretaris houdt deze aanpassing verband met het vervallen van art. 15ad.⁵⁴⁷ Deze uitleg acht ik niet bevredigend, omdat door deze wijziging het begrip natuurlijk verbonden persoon niet langer werd gedefinieerd voor toepassing van art. 10a. In de NvW wordt dit verzuim hersteld door de oorspronkelijke wettekst in stand te laten en alleen de toepassing voor artikel 15ad in onderdeel a te laten vervallen.⁵⁴⁸

6.11.10 *Uitbreiding met externe acquisities*

6.11.10.1 *Ratio intrekken overnameholding wetgeving*

In dit hoofdstuk 6 (met name paragraaf 6.8) heb ik aandacht besteed aan wetgeving die is gericht tegen de overnameholding, art. 15ad.⁵⁴⁹ In het wetsvoorstel wordt voorgesteld deze bepaling (en de pendants hiervan in art. 14a en art. 14b) te laten vervallen.⁵⁵⁰ Dit brengt evenwel niet met zich, dat de weg vrij is voor het wederom gebruiken van een overnameholding om de winsten van de geacquireerde partij te verrekenen met de rentelasten van de overnemer. Naast het intrekken van art. 15ad wordt namelijk voorgesteld om externe acquisities te vatten onder art. 10a, mits na de acquisitie ten minste een belang wordt gehouden van 33 1/3 %.

Volgens de staatssecretaris is het intrekken van art. 15ad, in combinatie met de uitbreiding van art. 10a met externe acquisities, een vereenvoudiging en systematisering van de renteaftrekbepalingen.⁵⁵¹ Hij geeft aan dat met deze aanpassingen wordt tegemoetgekomen aan de kritiek, dat art. 15ad geen tegenbewijs kent voor compenserende heffing.⁵⁵² Deze tegemoetkoming kan overigens ook relatief eenvoudig geschieden, door art. 15ad uit te breiden met een bepaling ex art. 10a, lid 3, onderdeel b. Ook dan ontstaat – afgezien van het tegenbewijs van de zakelijkheid (art. 10a, lid 3, onderdeel a), het tegenbewijs van de externe financiering (inclusief de grondslagen, art. 15ad, lid 3 onderdeel a) en de tegenbewijsregeling voor bepaalde

547. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 50.

548. NvW, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 13.

549. In art. 14a, lid 8 en 9 (juridische splitsing) en art. 14b, lid 6 en 7 (juridische fusie) is met art. 15ad vergelijkbare wetgeving opgenomen.

550. Hierna ga ik nog slecht in op art. 15ad.

551. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 21 en 49.

552. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 21 en 49.

bedrijfsovernames (art. 15ad, lid 3 onderdeel c) – een uniforme tegenbewijsregeling voor rentelasten in verband met interne en externe acquisities.

6.11.10.2 *Nadelige consequenties*

De wijze waarop de uniformering van de tegenbewijsregeling is vormgegeven, heeft voor belastingplichtigen enkele nadelige consequenties. Allereerst wordt – indien geen tegenbewijs kan worden geleverd – de renteaftrek definitief uitgesloten. Onder art. 15ad kan de rente daarentegen ten laste worden gebracht van de ‘eigen’ winst van de overnameholding. In beginsel blijft de rente dus gewoon verrekenbaar, maar wordt slechts de verrekeningsbasis (tijdelijk) ingeperkt. Indien een overnameholding in enig jaar over onvoldoende eigen winst beschikt, kan de rente in dat jaar niet (volledig) worden verrekend. De niet-verrekende rente blijft echter aftrekbaar en wordt op grond van art. 15ad, lid 2 in het volgende jaar in aanmerking genomen, mits er dan voldoende eigen winst is. Deze temporisering vindt plaats in het jaar van voeging en de daarop volgende zeven jaar. Daarna is de nog resterende rente (zonder carry back) verrekenbaar, art. 2c Uitv.besch. VpB 1971. Gelet op het voorgaande kan de voorgestelde wetgeving aanmerkelijk nadeliger uitwerken; het verrekenen met eigen winst en temporisering zijn vervangen door het definitief niet in aftrek toelaten, behoudens indien en voor zover tegenbewijs kan worden geleverd.

In de parlementaire geschiedenis van art. 15, lid 4 (de voorganger van art. 15ad) is uitgebreid aandacht besteed aan de ratio voor het invoeren van deze bepaling.

In dit verband wijs ik op volgende passage uit de parlementaire geschiedenis van art. 15ad: *‘De regeling heeft met andere woorden tot doel te voorkomen dat de winsten van een vennootschap worden aangewend voor de financiering van haar eigen overname (onderstreping JvS), tenzij sprake is van werkelijke financieringsbehoefte bij het overnemende concern*.⁵⁵³

Uit deze (en andere) passage(s) blijkt dat art. 15ad met name is gericht tegen het financieren van de eigen overname. Anders geformuleerd is deze bepaling gericht tegen door de wetgever ongewenst gebruik van de fiscale eenheid.⁵⁵⁴ De wetgever realiseert zijn doel door slechts de rentelasten verrekenbaar te laten zijn met de eigen winst. Afgezien van zaken zoals kruislingse verrekening is ‘financiering van de eigen overname’ door middel van overname via een overnameholding niet mogelijk. De thans voorgestelde maatregel gaat evenwel verder dan noodzakelijk is om on-eigenlijk gebruik van de fiscale eenheid tegen te gaan. Verrekening van de eigen winst met de rentelasten is dan namelijk in beginsel niet meer mogelijk. Verrekening is overigens wel mogelijk, indien tegenbewijs kan worden geleverd. Verrekening is dan, kort samengevat, mogelijk tegen de eigen resultaten en tegen de resultaten van de gevoegde andere vennootschappen.

553. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

554. Dit geldt overigens ook voor het bestrijden van de bv 1-bv 2-structuur, waarop ik hierna nog in ga.

Hiervoor gaf ik aan dat de sanctie van art. 10a aanmerkelijk zwaarder is dan die van art. 15ad. Een ander punt waarop het voorgestelde art. 10a aanmerkelijk strenger uitwerkt dan art. 15ad, is het toepassingsbereik. Art. 10a (wv) geldt voor iedere verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige etc., in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is. Hieronder vallen ook externe acquisities van 95% of meer terwijl belastingplichtige en de overgenomen partij niet worden gevoegd in een fiscale eenheid. Een dergelijke situatie valt logischerwijs niet onder het bereik van art. 15ad, aangezien er geen sprake is van oneigenlijk gebruik van de fiscale eenheid. Toepassing van art. 10a (wv) acht ik derhalve niet gepast. Het feit dat nu ook de tegenbewijsregeling van de compenserende heffing openstaat, doet daaraan niet af. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor acquisities/uitbereidingen van 33 1/3% tot 95%. Ook in dergelijke situaties is geen sprake van oneigenlijk gebruik van de fiscale eenheid, zodat beperking van renteaftrek niet aan de orde zou moeten komen. De reden voor de uitbreiding van art. 10a met externe acquisities kan mijns inziens niet worden verdedigd aan de hand van de uitbreiding van de tegenbewijsregeling.

6.11.10.3 Zakelijke overwegingen

Met de uitbreiding van art. 10a met externe acquisities rijst de vraag hoe voor dergelijke situaties het tegenbewijs art. 10a, lid 3, onder a moet worden ingevuld. Door het tegenbewijs ex art. 10, lid 3, onderdeel a te leveren, kan een belastingplichtige immers de toepassing van art. 10a afwenden. Hij dient dan aannemelijk te maken dat aan de rechtshandeling en de daarmee verband houdende geldlening 'in overwegende mate' zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het betreft derhalve een dubbele zakelijkheidstoets.⁵⁵⁵ De vraag betreffende de zakelijkheid van de lening voor toepassing van art. 10a, lid 3, onderdeel a, ziet niet op de kwalificatie van de lening, maar op de motieven voor het aangaan ervan. Toepassing van art. 3.8 Wet IB 2001 gaat namelijk vooraf aan toepassing van art. 10a.⁵⁵⁶ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de correctie van een onzakelijke naar een zakelijke vergoeding. Art. 8b en/of HR 31 mei 1978, BNB 1978/252 gaan aan toepassing van art. 10a vooraf. Art. 10a, lid 3, onderdeel a vereist dat aan de lening en de rechtshandeling die daarmee verband houdt 'in overwegende mate' zakelijke motieven ten grondslag liggen.

De vraag rijst wanneer (in overwegende mate) zakelijke motieven ten grondslag liggen aan de externe acquisitie. Dit lijkt relatief snel het geval te zijn. Van willekeurige en voortdurende belastingverijdeling is normaliter namelijk geen sprake. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 15, lid 4 kan worden afgeleid dat de wetgever meent dat bij een externe acquisitie in de regel sprake is van zakelijke motieven.

Aldaar merkte de wetgever namelijk het volgende op: *'De externe overname zelf zal in beginsel een transactie zijn waaraan zakelijke motieven ten grondslag liggen. In de voorgestelde bepaling*

555. Voor een uitgebreidere behandeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a verwijs ik naar paragraaf 6.5.3.2.

556. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 32-33.

is dan ook niet het motief van de overname aan de orde, maar slechts de fiscale presentatie van de financiering van de overname.⁵⁵⁷

Alsdan zou nog slechts aannemelijk moeten worden gemaakt dat ook aan de lening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. In dit verband hiermee wijs ik op HR 6 september 1995, BNB 1996/4 (het Bovag-arrest). In casu betrof het een acquisitie die was gefinancierd met een interne lening. Hoewel het in casu een interne verhangingszaak betrof, is dit arrest wellicht ook van belang voor de uitleg van art. 10a, lid 3, onderdeel a. De Hoge Raad toetst in BNB 1995/4 namelijk de financieringsbeslissing separaat aan het van toepassing zijn van richtige heffing. In BNB 1996/4 heeft de interne reorganisatie op zich niet als voornaamste reden de verijdeling van belastingheffing, toch oordeelde de Hoge Raad dat de rente niet ten laste van de winst kon worden gebracht, aangezien zijns inziens sprake was van willekeurige en voortdurende verijdeling van belasting. Ik acht deze uitkomst opvallend (zie ook paragraaf 6.2.4) aangezien een dergelijke formulering past bij een situatie waarin een holding wordt tussen geplaatst uit louter fiscale motieven.

Het is evenwel de vraag of ook voor externe acquisities de rechtshandeling en de financieringsbeslissing ex BNB 1996/4 separaat moeten worden getoetst. Gelet op HR 17 december 2004, BNB 2005/169 lijkt deze vraag ontkennend te moeten worden beantwoord. In deze zaak achtte de Hoge Raad *fraus legis* niet aan de orde in de situatie van een overnameholding (externe acquisitie), die werd gefinancierd door een renteloze lening aan een in Ierland gevestigde vennootschap. De Hoge Raad oordeelde dat bij een externe acquisitie het zakelijke karakter van de daarmee verbandhoudende schuld een gegeven is.⁵⁵⁸ Dat het in casu *fraus legis* jurisprudentie betreft en geen jurisprudentie inzake art. 10a, leidt mijns inziens niet tot een andere conclusie. Art. 10a vormt voor een belangrijk deel namelijk de codificatie van de *fraus legis* jurisprudentie. Het voorgaande zou betekenen dat – behoudens excessen – externe acquisities altijd kwalificeren voor de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a. Dat het voor deze bepaling een dubbele zakelijkheidstoets betreft, doet daaraan niet af. Blijkens de parlementaire behandeling van art. 15, lid 4 zijn externe acquisities immers vrijwel altijd zakelijk⁵⁵⁹ en gelet op BNB 2005/169 is bij een externe acquisitie het zakelijke karakter van de schuld een gegeven. De minister deelt deze visie echter niet en geeft in de Nota navv aan, dat volgens hem niet iedere financiering van een externe acquisitie per definitie zakelijk is.

Hij geeft het volgende voorbeeld: *‘Een buitenlands concern besluit een nieuwe participatie onder een Nederlandse tussenhouder te hangen, welke over voldoende middelen beschikt om die acquisitie te financieren. In plaats van deze middelen rechtstreeks aan te wenden, keert de tussenhouder deze in de vorm van dividend uit aan de buitenlandse tophouder, welke de verkregen middelen aanwendt als storting van kapitaal in een groepsmaatschappij gevestigd in een taxhaven. Deze financiert daarmee een lening aan de Nederlandse tussenhouder, welke daar-*

557. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

558. Vergelijk evenwel mijn opmerkingen in paragraaf 6.10.3 ten aanzien van BNB 2006/169.

559. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 9.

mee de externe acquisitie financiert. Zou er geen fiscaliteit zijn, dan zouden de in Nederland beschikbare middelen rechtstreeks zijn aangewend en zou niet de omweg via een taxhaven zijn gekozen.⁵⁶⁰

Het is de vraag of dit wel een voorbeeld is van art. 10a, lid 1, onderdeel c (wv). Mijns inziens valt deze situatie namelijk onder art. 10a, lid 1, onderdeel a (wv), zodat deze lening al besmet is voordat de acquisitie plaatsvindt. Getuige het volgende voorbeeld is het wel duidelijk dat de minister van mening is dat zakelijke overwegingen niet aan de orde zijn bij alleen op belastingbesparing gerichte constructies.

'Onzakelijk is bijvoorbeeld de acquisitie van een lichaam in een normaal belastend land, dat haar middelen stort als kapitaal in een groepsmaatschappij gevestigd in een taxhaven, die daarmee een lening aan een Nederlandse groepsmaatschappij financiert. In dat geval dient de acquisitie geen zakelijk doel, maar maakt deze deel uit van een op belastingbesparing gerichte constructie'.⁵⁶¹

Het feit dat wordt ingeleend van een in een tax haven gevestigd verbonden lichaam, betekent mijns inziens niet dat er per definitie sprake is van onzakelijkheid.

Ik ben van mening dat de staatssecretaris allereerst moet toelichten waarom hij externe acquisities onder het bereik van art. 10a wil brengen. Daarbij dient hij tevens aan te geven hoe in dergelijke situaties de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a dient te worden toegepast. Gelet op het voorgaande bestaat er op dit punt mijns inziens namelijk onduidelijkheid. Het feit dat vrijwel alle externe acquisities in beginsel onder de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a lijken te vallen, roept namelijk de vraag op waarom externe acquisities onder art. 10a worden gebracht.⁵⁶²

6.11.10.4 Bedrijfsovernames

In art. 15ad, lid 3, onderdeel c en lid 4 zijn, kort samengevat, bepalingen opgenomen met het oog op het faciliteren van bedrijfsoverdrachten in het MKB en management buy-outs. Nu art. 15ad wordt ingetrokken, vervalt ook deze tegenbewijsmogelijkheid. De vraag rijst in hoeverre deze tegenbewijsmaatregelen materieel zijn te vatten onder art. 10a, lid 3, onderdeel a. Het lijkt redelijk dat situaties ex art. 15ad, lid 3, onderdeel c en lid 4 kwalificeren voor toepassing van art. 10a, lid 3, onderdeel a. In dergelijke situaties staat namelijk in de regel niet uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag centraal, maar de bedrijfsoverdracht of management buy-out. Nadere toelichting/toezegging in de verdere parlementaire behandeling op dit punt lijkt mij

560. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 46.

561. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 45-46.

562. Vergelijk Pancham S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774, Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064 en Kok, Q.W.J.C.H.; Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88.

gewenst, zeker nu de bestaande tegenbewijsstructuren van art. 15ad met ingang van 1 januari 2007 onder het bereik van art. 10a kunnen komen te vallen.

6.11.10.5 *Getemporeerde rente*

Zoals ik hiervoor aangaf, wordt in het wetsvoorstel voorgesteld de temporisering te vervangen door het definitief niet toestaan van renteaftrek. De vraag rijst in dit verband, hoe moet worden omgegaan met reeds getemporeerde rente ex art. 2c Uitv.besch. VpB 1971. In de MvT besteedt de staatssecretaris hier geen aandacht aan. Naar de letter van de wet lijkt alle getemporeerde rente te vervallen, nu art. 15ad, lid 2 vervalt. Deze uitwerking heeft ook de minister onredelijk geacht. In de NvW is art. VIIIc opgenomen, dat bepaalt dat getemporeerde rente ex art. 14a, lid 8, art. 14b, lid 6 en 15ad, lid 1 wordt verrekend met het belastbare bedrag van het eerste boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2007 dat jaar, voor zover dat resultaat daarvoor niet negatief wordt. Carry-back van de getemporeerde rente is dus niet mogelijk. Indien volledige verrekening in dat jaar niet mogelijk is schuift de getemporeerde rente door naar een volgend jaar en komt daar op vergelijkbare wijze in mindering op het resultaat.⁵⁶³

6.11.10.6 *Bv 1-bv 2-structuren*

Art. 15ad richt zich tevens tegen bv 1-bv 2-structuren.⁵⁶⁴ Het is de vraag in hoeverre het bestrijden van dergelijke structuren wordt gecontinueerd met het intrekken van art. 15 ad. In de MvT wordt hieraan geen aandacht besteed.

In de MvT wordt ten aanzien van het intrekken van art. 15 ad slechts het volgende opgemerkt: *'Het vervallen van artikel 15ad heeft betrekking op het vervallen van de bepalingen inzake overnameholdings (onderstreping JvS). Zie de toelichting bij de aanpassing van artikel 10a.'*⁵⁶⁵

Bij de toelichting bij de aanpassing van art. 10a wordt dienaangaande het volgende opgemerkt (onderstrepingen JvS): *'Teneinde een vereenvoudiging en systematisering van de renteaftrekbeperkingen te bereiken worden tevens de bepalingen inzake overnameholdingconstructies van artikel 15ad te geïntegreerd in artikel 10a. Dit is vorm gegeven door de bepalingen die betrekking hebben op overnameholdings te laten vervallen en artikel 10a uit te breiden met externe acquisities die als groepsmaatschappij gaan functioneren. Daardoor ontstaat een uniforme tegenbewijsregeling voor rentelasten in verband met interne en externe acquisities. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan kritiek op de bepalingen inzake overnameholdings, meer specifiek op het feit dat deze geen tegenbewijs voor compenserende heffing kennen. Aan de andere kant leidt het ertoe dat voor overnameholdings de temporisering van de renteaftrek wordt vervangen door het schrappen van de renteaftrek.'*⁵⁶⁶

563. Zie NvW, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 6-7 en 13 en Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 46.

564. Voor een uitleg van dergelijke structuren verwijs ik naar paragraaf 6.8.3.3.

565. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 71.

566. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 49.

Uit deze passages lijkt (a contrario) te kunnen worden afgeleid dat bv 1-bv 2-structuren niet zijn overgeheveld naar art. 10a (wv). Weliswaar is de gefinancierde kapitaalstorting meegenomen in art. 10a, lid 1, onderdeel b (wv), maar dit impliceert mijns inziens niet dat de bv 1-bv 2-structuur valt onder het bereik van art. 10a (wv). De kapitaalstorting vindt namelijk plaats binnen fiscale eenheid. Dit betekent dat deze storting ook voor art. 10a (wv) non-existent is, ondanks het feit dat art. 10a, lid 4, onderdeel d bepaalt dat een met de belastingplichtige in een fiscale eenheid gevoegde vennootschap kwalificeert als een met de belastingplichtige verbonden lichaam.⁵⁶⁷

In paragraaf 6.9.11 heb ik mijn bedenkingen geuit jegens het bestrijden van de bv 1-bv 2-structuur. Thans wordt art. 15ad ingetrokken, en hoewel ik mij hierin kan vinden – het betreft namelijk geen Nederlands probleem, maar een Amerikaans probleem – acht ik het opvallend dat:

1. art. 15ad wordt ook wordt ingetrokken voor gefinancierde kapitaalstortingen; en
2. het intrekken van deze wetgeving niet wordt gemotiveerd/toegelicht.

Gegeven het feit dat de wetgever herhaaldelijk heeft aangegeven bv 1-bv 2-structuren onwenselijk te vinden, verdient het intrekken van de wetgeving tegen deze structuren mijns inziens enige toelichting.^{568, 569}

6.12 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de renteaftrekbepalingen behandeld die zijn opgenomen in de artt. 10a, 14a, 14b en 15ad. Art. 10a stelt – behoudens tegenbewijs – rente niet aftrekbaar, indien de in geding zijnde lening verband houdt met bepaalde kasrondjes of nader genoemde rechtshandelingen. De drie volgende artikelen regelen – behoudens tegenbewijs – gedurende een periode van acht jaar tegen welke winst de rente kan worden afgezet wanneer de verweving van aandelen wordt gevolgd door een juridische splitsing, juridische fusie of fiscale eenheid. Bij een fiscale eenheid leiden ook verbonden leningen die verband houden met bepaalde kapitaalstortingen tot besmetting.

567. Vergelijk in dit verband Marres, O.C.R.; Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 63-64. Kok stelt het nog sterker, zie Kok, Q.W.J.C.H.; De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, blz. 195-205. Hij is namelijk van mening dat rechtshandelingen binnen fiscale eenheid niet tot toepasselijkheid van art. 10a kunnen leiden, maar voorts dat het verbreken van een fiscale eenheid later niet alsnog tot toepassing van art. 10a kan leiden. Vergelijk in dit verband tevens Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005, blz. 175.

568. Nota navv, EK, 2002-2003, 26 854, blz. 1. Vergelijk voorts NvW, TK, 2000-2001, 26 854, blz. 17.

569. Vergelijk Pancham S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774.

Voorvoemde renteaftrekbepalingen vinden hun (uiteindelijke oorsprong) in jurisprudentie; de (anti)winstdrainagejurisprudentie. Met deze wetgeving heeft de wetgever de jurisprudentie willen:

- codificeren; en
- aanscherpen op punten, waarop de fiscus in procedures het onderspit delfde.

Het doel van deze wetgeving is het voorkomen van erosie van de Nederlandse heffinggrondslag.

Aan de hand van deze doelstelling van de wetgever heb ik voornoemde bepalingen onderworpen aan de primaire toets.

Ik kom tot de conclusie dat art. 10a en art. 15ad niet goed 'scoren' op het rechtvaardigheidscriterium. Allereerst kunnen belastingplichtigen worden geconfronteerd met (economisch) dubbele heffing. Hoewel voor art. 10a onder meer het tegenbewijs van compenserende heffing geldt, kan er (beperkte) dubbele heffing ontstaan indien de belastingheffing over de rente niet redelijk is naar Nederlandse maatstaven. Voor het eerste lid geldt bovendien nog de toets dat de compenserende heffing (nagenoeg) geheel gelijk is aan het Nederlandse tarief en de Nederlandse grondslag. Zeker in geval van het eerste lid kan er aanzienlijke dubbele heffing ontstaan, maar ook indien de rentebaten bij de crediteur worden afgezet tegen compensabele verliezen. Hoewel de Hoge Raad van mening is dat *fraus legis* niet aan de orde is in situaties van de verrekening van (eigen) compensabele verliezen, heeft de wetgever zich op dit punt niet beperkt tot codificatie, maar is de wet strenger dan de oude jurisprudentie. Ook temporisering kan (materieel) tot dubbele heffing leiden. Door het tijdelijk niet of beperkt kunnen verrekenen van de rentelasten, wordt de belastingplichtige immers geconfronteerd met een rentenadeel. In dit verband merk ik tevens op dat beide bepalingen overkill kennen. Daarbij komt nog de omkering van de bewijslast. In bepaalde situaties wordt rente in aftrek beperkt, tenzij de belastingplichtige aannemelijk kan maken dan wel doet blijken dat deze rente niet in aftrek zou moeten worden beperkt.

De antiwinstdrainagewetgeving 'scoort' relatief goed op het punt van de effectiviteit. De invoering van art. 10a haalt voor een belangrijk deel de angel uit BNB 1996/5. Het is in beginsel nog nauwelijks mogelijk om structuren op te zetten, waardoor anders niet-verrekenbare verliezen of andersoortige aanspraken kunnen worden verrekend ten nadele van de Nederlandse heffingsgrondslag. Daarbij heeft de wetgever een einde gemaakt aan het financieren van de eigen overname door werkmaatschappijen door middel van de zogenoemde overnameholdingstructuur.⁵⁷⁰ Door de invoering van de grondslageis in art. 15ad wordt ten opzichte van art. 15, lid 4 de attractiviteit van bv 1-bv 2-structuren aanzienlijk ingeperkt, behoudens wellicht voor reeds lang bestaande fiscale eenheden. Dergelijke structuren zijn echter nog wel mogelijk, indien een (onderworpen) doorstroomvennootschap wordt geplaatst tussen de belas-

570. Dit afgezien van eventuele ontgaansmogelijkheden, zoals de liquidatie van de dochtervennootschap.

tingplichtige en de crediteur. Ook het financieren van de eigen overname vanuit een tax haven heeft zijn attractiviteit voor een belangrijk deel verloren, tenzij de rente op de tax haven is onderworpen aan een (beperkte) belastingheffing naar winst of inkomen. Voorts is het ook hier mogelijk om een doorstroomvennootschap te plaatsen tussen de belastingplichtige en de tax-havenvennootschap.

Hoewel de wetgever zijn doel lijkt te hebben bereikt, werken art. 10a en art. 15ad paradoxaal uit. Deze maatregelen hebben namelijk als nadelige bijwerking, dat zij de initiële financiering met vreemd vermogen stimuleren.⁵⁷¹ Een concern kan namelijk wel straffeloos vreemd vermogen vervangen door eigen vermogen, terwijl het omgekeerde kan leiden tot een beperking van renteaftrek. Daarmee kunnen deze bepalingen macro-economisch gezien voor verstoringen zorgen. Ten slotte merk ik nog op dat de effectiviteit van de maatregelen aanzienlijk minder is, indien komt vast te staan dat art. 10a en/of art. 15ad strijdig zijn met het gemeenschapsrecht. Dit laatste is mijns inziens bovendien een reëel risico.

De artt. 10a en 15ad slagen evenmin voor de efficiëntietoets. Ik heb verschillende voorbeelden de revue laten passeren waarin niet duidelijk was hoe een bepaald begrip of een bepaalde frase moest worden geïnterpreteerd. In dit kader wil ik benadrukken dat art. 10a en 15ad antimisbruikbepalingen zijn. Juist ook voor dergelijke bepalingen is het voor belastingplichtigen van belang te weten waar zij aan toe zijn. Thans is in bepaalde gevallen niet duidelijk of al dan niet sprake is van 'misbruik' en of het vereiste tegenbewijs kan worden geleverd. Het op dergelijke wijze inkleden van de verdeling van de bewijslast, leidt tot bewijsproblemen en kosten voor belastingplichtigen. De optimistische houding van de wetgever dat het in reële gevallen betrekkelijk eenvoudig zal zijn voor belastingplichtigen om het vereiste tegenbewijs te leveren, deel ik niet. Een ander kritiekpunt is dat de uitvoeringsregeling van art. 15, lid 4 zo lang op zich heeft laten wachten. Pas sinds 1 januari 2004 is duidelijk hoe getemporeerde rente dient te worden behandeld na ommekomst van acht jaar.⁵⁷² Dit is in het bijzonder schrijnend, aangezien de thans voorgeschreven regeling zeer significant afwijkt van de door de wetgever tijdens de parlementaire geschiedenis geschetste methode.⁵⁷³

Ten slotte wijs ik nog op het feit dat art. 10a en art. 15, lid 4 destijds als 'package deal' zijn 'verkocht', in ruil voor meer populaire maatregelen zoals art. 15b.⁵⁷⁴ Allereerst plaats ik vraagtekens een bij dergelijke koppelverkoop. Dit geldt in het bijzonder als de belastingplichtigen die worden getroffen door de reparatiewetgeving niet (vooral) ook degenen zijn die baat hebben bij de andere aantrekkelijkere regelingen. Voor zover ik kan nagaan, gold dit niet voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

571. Door de invoering van art. 10d – die in het volgende hoofdstuk centraal staat – vindt dit in thans in enigszins gemitigeerde vorm plaats.

572. Vergelijk de ministeriële regeling van 19 december 2003 nr. WDB2003/650M, V-N 2004/5.5.12.

573. De wetgever verklaart dit als volgt: '*Mede gelet op het feit dat bij het Belastingplan 2004 een voorstel voor een algemeen werkende aftrekbeperking in situaties van thin capitalisation is ingediend, kan echter met een eenvoudiger regeling worden volstaan*', ministeriële regeling van 19 december 2003 nr. WDB2003/650M, V-N 2004/5.5.12.

met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verstreken van de fiscale infrastructuur. Art. 15b en art. 7, lid 5 zijn immers vooral aantrekkelijk voor de grotere internationaal opererende concerns. Deze belastingplichtigen kunnen worden getroffen door art. 10a c.s. Dit geldt evenwel ook voor bijvoorbeeld het midden- en kleinbedrijf. Deze belastingplichtigen hebben in de regel weinig voordeel bij bepalingen zoals art. 15b. Mede naar aanleiding van de hiervoor aangehaalde passage merk ik op dat nu art. 15b materieel reeds is geschrapt, de wetgever niet mede heeft gedacht aan het afschaffen of versoepelen van art. 10a. Kennelijk kunnen de zaken thans wel los van elkaar worden gezien.⁵⁷⁵ Dit lijkt mij geen consequente benadering.

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' worden art. 10a en art. 15ad gestroomlijnd. Art. 15ad wordt ingetrokken, maar art. 10a blijft overeind. Voorts wordt deze laatstgenoemde bepaling – mijns inziens ten onrechte – uitgebreid met externe acquisities. De huidige eerste twee leden van art. 10a worden samengevoegd tot een lid. Dit betekent dat dezelfde tegenbewijsregelingen gelden voor alle situaties die onder art. 10a (wv) vallen. Dit is een verbetering ten opzichte van het huidige art. 10a. Wel treedt bij het samenvoegen van art. 10a, lid 1 en 2 op verschillende punten overkill op. Voorts ontstaat rechtsonzekerheid en mogelijk ook overkill door het eerder aannemen van een verband tussen een rechtshandeling en een lening door het opnemen van de frase 'rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden'. Het is evenwel de vraag of deze wijziging leidt tot het effect dat de staatssecretaris beoogt.

De staatssecretaris verdient lof voor het noemen van een vast minimumpercentage dat nog kwalificeert als naar Nederlandse maatstaven redelijk. Wel bestaat er nog onduidelijkheid ten aanzien van het antwoord op de vraag wat kwalificeert als een naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst en in hoeverre de voorgestelde compenserende heffing is in overeenstemming is met EU-recht. Voor de huidige bepalingen is dit overigens nog veel meer de vraag. Als algemeen kritiekpunt geldt nog dat de staatssecretaris bij de opschoning van art. 10a en art. 15ad voorbij is gegaan aan een principiële oplossing.

574. Vergelijk bijvoorbeeld de volgende passage: *'Ik geef nadrukkelijk aan dat de risicoreserve onderdeel is van een pakket maatregelen. Want tegelijkertijd worden er in het wetsvoorstel maatregelen getroffen tegen de uitholling van de grondslag in de sfeer van de vennootschapsbelasting, die ook te maken heeft met bepaalde financieringsactiviteiten. Je kunt deze zaken niet los van elkaar zien. Het wetsvoorstel is een geheel'*, Handelingen, TK 10 oktober 1996, 24 696, blz. 11-961.

575. Overigens komt de onverenigbaarheid met gemeenschapsrecht van art. 15b niet uit de lucht vallen. Hiervoor is de wetgever namelijk in de parlementaire behandeling uitgebreid voor gewaarschuwd, vergelijk Handelingen, TK 10 oktober 1996, 24 696, blz. 11-961.

HOOFDSTUK 7

Thin capitalisation

7.1 Inleiding

Op 18 september 2003 deed het Hof van Justitie (hierna HvJ EG) uitspraak in de zaak Bosal Holding BV, BNB 2003/344. Kort gezegd concludeerde het HvJ EG dat de tot 1 januari 2004 in art. 13, lid 1 Wet Vpb 1969¹ opgenomen kostenaftrekbeperking strijdig is met EU-recht. Dit arrest leidt ertoe dat Nederland in bepaalde situaties ook aftrek moet toestaan van kosten die – kort verwoord – verband houden met het houden van buitenlandse deelnemingen. De wetgever acht de budgettaire gevolgen van dit arrest aanzienlijk. Hij becijfert namelijk een incidentele derving van € 1,6 miljard en een structurele derving van € 0,5 miljard.² Het spreekt voor zich dat deze (potentiële) derving een aanzienlijke aanslag vormt op de begroting. Derhalve heeft de wetgever het nodig geacht tegenmaatregelen te treffen. Voorts heeft hij de in art. 13, lid 1 bestaande strijdigheid weggenomen.

Van de verschillende oplossingsrichtingen die de wetgever ter beschikking stonden, heeft de wetgever voor drie reparaties gekozen:

- wijziging van de deelnemingsvrijstelling in die zin dat kosten die verband houden met buitenlandse – zowel binnen als buiten de EU gevestigde – deelnemingen aftrekbaar zijn;
- invoering van regelgeving met betrekking tot onderkapitalisatie (de zogeheten thin-capitalisationwetgeving); en
- beperking van de verliesverrekening voor houdstermaatschappijen.

Deze eerste wijziging levert naar inschatting van de wetgever de eerdergenoemde budgettaire derving op. Deze derving moet worden goedge maakt door de andere twee reparatiemaatregelen.

De wetgever heeft ervoor gekozen om – in plaats van een separaat wetsvoorstel in te dienen – deze aanpassingen te incorporeren in de nota van wijziging van 13 oktober

1. Bij verwijzingen naar artikelen wordt verwezen naar de Wet Vpb 1969, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald.

2. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 6.

2003 inzake het Belastingplan 2004.³ Eind 2003 is het Belastingplan 2004 aangenomen. Met ingang van 1 januari 2004 kent de Wet Vpb 1969 derhalve een bepaling tegen thin capitalisation. Deze wetgeving is opgenomen in art. 10d. Kort gezegd beperkt dit artikel de aftrek van rente, indien een belastingplichtige 'teveel' vreemd vermogen in verhouding tot zijn eigen vermogen heeft.

In dit hoofdstuk ga ik nader in op de in art. 10d opgenomen renteaftrekbeperking. Vanwege het feit dat de invoering van art. 10d een reactie vormt op de door de fiscus verloren Bosal-procedure, ga ik in paragraaf 7.2 eerst beknopt in op dit arrest en op de strijdigheid van art. 13, lid 1 met EU-recht. Vervolgens behandel ik de systematiek van de ingevoerde aftrekbeperking. In paragraaf 7.3 besteed ik aandacht aan enkele begrippen in art. 10d. In de paragrafen 7.4 en 7.5 ga ik nader in op de systematiek van de nog nader te duiden individuele toets en de groepstoets. In paragraaf 7.6 wordt aandacht besteed aan voorkoming van dubbele belasting in relatie tot art. 10d. Vervolgens ga ik na in hoeverre deze bepaling – en de achterliggende motivering van de wetgever – ten slotte in lijn is met het door mij opgestelde toetsingskader. Na het uitvoeren van de primaire toetsing (rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie), ga ik over tot de secundaire toets.⁴ Ten aanzien van deze wetgeving kan deze secundaire toets overigens zeer beperkt blijven. Zo komen dividendbelasting en deelnemingsvrijstelling slechts zeer beperkt aan de orde. De in geding zijnde leningen zijn namelijk 'echte' leningen. Het niet aan de orde komen van dividendbelasting en deelnemingsvrijstelling is daarom in lijn met de wetsystematiek. Ten aanzien van internationaal belastingrecht – in het bijzonder de toepassing van verdragen – doen zich in beginsel ook geen problemen voor. Zoals gezegd, zijn de leningen namelijk gewone leningen. Van grensoverschrijdende kwalificatieverschillen, zoals die zich wel voordoen bij hybride leningen en leningen ex BNB 1988/217 (vergelijk hoofdstuk 5) is daarom in beginsel geen sprake. Daarentegen vormt het EU-recht wel onderwerp van bespreking. Het is namelijk niet op voorhand duidelijk of art. 10d in overeenstemming is met EU-recht. In paragraaf 7.9 ga ik nog beknopt in op de wijzigingen die zijn voorgesteld ten aanzien van art. 10d in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'. Dit hoofdstuk sluit ik in paragraaf 7.10 af met een conclusie.

7.2 Achtergrond invoering thin-capitalisationwetgeving

7.2.1 Beperking renteaftrek in internationale situaties

In paragraaf 7.1 gaf ik reeds aan dat het verlies door de fiscus van de Bosal-procedure de voornaamste oorzaak is van de invoering van art. 10d. In paragraaf 7.2.2 ga ik

3. Voorstel van wet houdende wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Belastingplan 2004) (29 210).
4. Hierbij breng ik deze toetsen in herinnering. De primaire toets houdt in toetsing op doeltreffendheid (is de aftrekbeperking effectief en rechtvaardig valt de aftrekbeperking niet makkelijk te omzeilen en bevat de regeling geen overkill) en doelmatigheid (is de aftrekbeperking efficiënt, in hoeverre werkt de renteaftrekbeperking verstorend). Naast de primaire toets ga ik kort na hoe de renteaftrekbeperking uitwerkt op de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, EU-recht, de dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling.

daarom kort in op dit arrest. Om de portee van dit arrest beter te kunnen doorgronden, besteed ik tevens eerst beknopt aandacht aan de voorheen in art. 13, lid 1 opgenomen kostenaftrekbeperking.

De kostenaftrekbeperking in art. 13, lid 1 (tekst tot 1 januari 2004) is in wezen de (uiteindelijke) opvolger van art. 15 Besluit vennootschapsbelasting 1942 (hierna: Besluit Vpb 1942). Dit artikel bepaalde dat bedrijfskosten niet ten laste van de winst konden worden gebracht, voorzover deze kosten verband hielden met gedeelten van de winst die niet aan belastingheffing waren onderworpen. Deze bepaling bracht mee dat de objectieve vrijstellingen in het Besluit Vpb 1942 (waaronder ook de deelnemingsvrijstelling) kwalificeerden als nettovrijstellingen. Bij de invoering van de Wet Vpb 1969 is art. 15 Besluit Vpb 1942 niet geheel gecontinueerd. Indien een moeder vennootschap aannemelijk maakte dat bepaalde kosten (middellijk) dienstbaar waren aan in Nederland belastbare winst, waren deze kosten in beginsel aftrekbaar. Daarentegen waren de kosten ter zake van (kort samengevat) buitenlandse deelnemingen niet aftrekbaar. Aldus fungeerde de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse verhoudingen als een brutovrijstelling en in internationale verhoudingen als een nettovrijstelling. Deze benadering komt voort uit budgettaire overwegingen.⁵

Sinds de wetswijziging van 25 april 1990 is de kostenaftrekbeperking ter zake van deelnemingskosten ondergebracht in art. 13, lid 1.⁶

De eerste volzin van dat artikel luidde tot 1 januari 2004: *‘Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede kosten – daaronder begrepen voordelen als gevolg van wijzigingen in valutaverhoudingen – welke verband houden met een deelneming, tenzij blijkt dat deze kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst (deelnemingsvrijstelling)’.*

Art. 13, lid 1 leidt er grosso modo toe dat kosten ter zake van binnenlandse deelnemingen niet en kosten ter zake van buitenlandse deelnemingen wel werden getroffen door beperking van de renteaftrek.

7.2.2 Strijdigheid met EU-recht

In de vorige subparagraaf gaf ik aan dat de deelnemingsvrijstelling in beginsel in nationale verhoudingen uitwerkt als een brutovrijstelling en in internationale verhoudingen als een nettovrijstelling. Feitelijk bevoordeelde art. 13, lid 1 kort samengevat vennootschappen met binnenlandse deelnemingen ten opzichte van vennoot-

5. MvT, TK, 1968-1969, 6000, blz. 20: *‘Leidt het wel in aanmerking nemen van deze kosten tot een gezond resultaat in binnenlandse verhoudingen, bij deelnemingen van een binnenlandse moeder in een buitenlandse dochter noopt de mogelijkheid dat belanghebbenden de winst van de binnenlandse moeder zouden belasten met aanzienlijke bedragen wegens rente van geldleningen waarmede de buitenlandse dochter is gefinancierd tot voorzichtigheid’.*

6. Stb. 1990, 173.

schappen met buitenlandse deelnemingen.⁷ De vraag was derhalve of de bepaling in overeenstemming was met EU-recht (art. 43 juncto art. 48 EG-Verdrag). In de zaak Bosal Holding BV is deze vraag voorgelegd aan de Hoge Raad, die terzake prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EG.

In HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 is als volgt geantwoord: *‘Op de gestelde vragen dient derhalve te worden geantwoord dat de richtlijn, uitgelegd in het licht van artikel 52 van het Verdrag, zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is’*.⁸

Bosal werd derhalve in het gelijk gesteld en art. 13, lid 1 werd door het HvJ EG strijdig geacht met EU-recht.⁹ In de zaak Bosal Holding BV ging het om meerderheidsdeelnemingen. Voor minderheidsdeelnemingen geldt hetzelfde.¹⁰ De strijdigheid is beperkt tot deelnemingen gevestigd in de EU en de EER.¹¹

7.2.3 Motivering voor invoering en alternatieve oplossingen

De commissie-Van Rooy heeft in zijn in 2001 verschenen rapport reeds (beknopt) twee oplossingsrichtingen geschetst, voor het geval dat de renteaftrekbeperking van art. 13, lid 1 strijdig zou worden geacht met EU-recht.¹² Beide oplossingen zien op het aanscherpen van het regime van de deelnemingsvrijstelling. Art. 4, lid 2 van de Moeder-dochterrichtlijn bepaalt dat het lidstaten vrij staat te bepalen dat lasten die betrekking hebben op deelnemingen (en waardeverminderingen die voortvloeien uit de uitkering van winst van de dochteronderneming) niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moeder. Een oplossing om art. 13, lid 1 in overeenstemming te brengen met EU-recht is dan om te bepalen dat de kosten nimmer (dus noch in

7. Deze feitelijke bewoordingen van art. 13, lid 1 waren iets genuanceerder. De mogelijkheid om kosten van deelnemingen in aftrek te brengen op de winst van de moedervereniging hangt namelijk af van het antwoord op de vraag of deze kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst. Niet vereist is dat deze winst wordt behaald door in Nederland gevestigde dochterondernemingen. (Rente)aftrek komt derhalve aan de orde indien deze rente verband houdt met de financiering van in Nederland gevestigde deelnemingen die in Nederland belastbare winst behalen, alsmede niet in Nederland gevestigde deelnemingen die in andere staten zijn gevestigd, maar bijvoorbeeld in Nederland een vaste inrichting hebben.
8. Uit HR 1 april 2005, BNB 2005/225 blijkt voorts dat volgens de Hoge Raad ook sprake is van strijdigheid in jaren waarin de Moeder-dochterrichtlijn nog geen gelding heeft.
9. Voor een nadere behandeling van dit arrest verwijs ik naar Weber, D.M.; Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen, WFR 2003/1844.
10. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 6. Vergelijk voorts paragraaf 1.1.3.6 ‘De reikwijdte van het Bosal-arrest’, Besluit van 9 februari 2004, BNB 2004/146 en HR 22 oktober 2004, BNB 2005/75.
11. HR 14 april 2006, NTFR 2006/543.
12. Vergelijk Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, ‘s-Gravenhage, 2001, blz. 29 en NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 7.

binnenlandse situaties noch in buitenlandse situaties) ten laste van de winst mogen worden gebracht. Daarnaast is het mogelijk om de deelnemingskosten op forfaitaire wijze niet in aftrek te laten komen. In dat geval kan worden bepaald dat ten hoogste vijf procent de uitgekeerde winst niet wordt vrijgesteld.

De wetgever acht deze ingrepen evenwel niet wenselijk om twee redenen:

- de oplossingsrichtingen werken onevenwichtig uit, aangezien de lastenverzwaring ervan voor het grootste deel terechtkomt bij belastingplichtigen die geen direct voordeel hebben van het Bosal-arrest; en
- een ingreep in de deelnemingsvrijstelling leidt tot een verslechtering van het Nederlandse vestigingsklimaat.¹³

Wellicht ten overvloede merk ik op dat – naast de voorstellen van commissie-Van Rooy en het door de wetgever gepresenteerde alternatief – ook andere oplossingen mogelijk zijn. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het in stand houden van de renteaftrekbeperkingen voor derde landen. Wel komt de vraag op, of deze oplossing in lijn is met EU-recht (in het bijzonder met de vrijheid van kapitaalverkeer). Bovendien zou dergelijke wetgeving geflankeerd moeten worden door antimisbruikwetgeving.¹⁴ Overigens zou ook dan sprake zijn van een budgettair deficit, zij het beperkter. Aanvullende maatregelen, zoals een tariefverhoging (dan wel een geringere tariefverlaging) of een verbreding van de grondslag, zijn in dat verband onontbeerlijk. Overigens was het verlies van de Bosal-procedure een uitgelezen mogelijkheid om de fiscale behandeling van rente fundamenteel te herzien/op te schonen.¹⁵ De wetgever heeft evenwel anders besloten.

Zoals ik in paragraaf 7.1 reeds aangaf, heeft de wetgever de budgettaire consequenties van Bosal becijferd op een incidentele derving van € 1,6 miljard en een structurele derving van € 0,5 miljard.¹⁶ Het spreekt voor zich dat deze derving op de een of andere wijze moet worden goedgemaakt. Na het verlies van de Bosal-procedure speelt bij de wetgever voorts de vrees voor winstdrainage. Hij meent namelijk dat zonder de dempende werking van art. 13, lid 1 het risico bestaat dat aanzienlijke rentebedragen in verband met de financiering van buitenlandse dochtermaatschappijen ten laste van de Nederlandse winst worden gebracht.¹⁷ Hoewel ik mij deze bezorgdheid enigszins kan voorstellen, kunnen hierbij wel kanttekeningen worden geplaatst. Tegen het op kunstmatige wijze creëren van rentestromen waakt immers reeds art. 10a, vergelijk hoofdstuk 6. Daarnaast levert renteaftrek pas effectief een voordeel op indien de rentelasten kunnen worden afgezet tegen belastbare winsten. Indien de Nederlandse (tussen)holding voornamelijk buitenlandse deelnemingen houdt, zal de eigen belastbare winst doorgaans beperkt zijn door toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

13. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 7.

14. Vergelijk NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 8.

15. In gelijke zin Heithuis, E.J.W.; De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, WFR 2005/1869.

16. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 6.

17. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 5.

7.2.4 *Eerdere voorstellen inzake thin capitalisation*

In het verleden is de invoering van thin-capitalisationregels enkele malen onderwerp van discussie geweest.¹⁸ Bij de Wet wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur (zie hoofdstuk 6) verdienden in de ogen van de wetgever andere renteaftrekbeperkende bepalingen evenwel de voorkeur boven thin-capitalisationwetgeving. Als reden gaf hij onder meer, dat de regels die grenzen stellen aan de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen nooit volledig aansluiten op de economische realiteit. Dit brengt mee dat in zo'n systeem ruime marges moeten worden gehanteerd en dat het uitvoeringsbeleid soepel zal moeten zijn. Dit zou dan weer afbreuk doen aan de effectiviteit van de regeling. Voorts was de wetgever bevreesd dat de invoering van onderkapitalisatieregels verdere financiering met vreemd vermogen uit zou lokken, tot de maximale verhouding is bereikt. Een ander door de wetgever aangedragen nadeel betreft het risico van overkill. Dit zou een tegenbewijsregeling vereisen, die weer leidt tot een administratieve lastenverzwaring. Verder is een belangrijk bezwaar dat beperking van renteaftrek kan leiden tot economisch dubbele heffing, vooral ook in internationale verhoudingen. Ten aanzien van thin capitalisation gaf de wetgever wel aan *'de internationale ontwikkelingen op dit punt nauwlettend te blijven volgen'*.¹⁹ In een brief aan de Tweede Kamer van de staatssecretaris van Financiën inzake het internationaal fiscaal (verdrags)beleid werden deze kritiekpunten herhaald.²⁰

Na BNB 2003/344 (Bosal) acht de wetgever evenwel de invoering van thin-capitalisationwetgeving gewenst. De reden hiervoor is dat hij van mening is dat zich – zonder nadere maatregelen – een verschuiving in de heffingsgrondslag voor kan doen als gevolg van het vervallen van de niet-aftrekbaarheid van kosten van buitenlandse deelnemingen. Deze verschuiving bestaat eruit dat Nederlandse vennootschappen – meer dan tot dan toe het geval was – zouden worden gefinancierd met vreemd vermogen. De invoering van thin-capitalisationwetgeving dient dergelijke verschuivingen tegen te gaan.²¹

18. Vergelijk bijvoorbeeld MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 10 en Brief van de staatssecretaris van Financiën, TK, 1997-1998, 25 087, blz. 46.

19. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 10.

20. *'Nederland heeft om aan aantal redenen niet gekozen voor een meer globale aanpak, zoals bijvoorbeeld het hanteren van onderkapitalisatieregels waarmee grenzen kunnen worden gesteld aan de verhouding eigen en vreemd vermogen (beter bekend als zogenaamde thin capitalization regels). Bij het stellen van algemene grenzen aan de verhouding van eigen en vreemd vermogen is het moeilijk om aan te sluiten bij de economische realiteit, waardoor het risico van overkill niet denkbeeldig is. Bovendien kan het stellen van dergelijke grenzen ertoe leiden dat belastingplichtigen hun vreemd vermogen tot aan de toegelaten grens gaan maximaliseren. Daarnaast is ook bij het stellen van deze grenzen een tegenbewijsregeling nodig, omdat bedrijfseconomische overwegingen een overschrijding van de grens kunnen rechtvaardigen. Om deze redenen is besloten die weg thans niet te kiezen'*, Brief van de staatssecretaris van Financiën, TK, 1997-1998, 25 087, blz. 46.

21. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 9.

7.3 Opzet regeling en behandeling algemene begrippen

7.3.1 *Inleiding*

De thin-capitalisationwetgeving is opgenomen in art. 10d. Het eerste lid van dit artikel bevat de feitelijke renteaftrekbeperking. De niet-aftrekbare rente (daaronder begrepen kosten) is het deel, bepaald naar evenredigheid van de verhouding tussen het 'teveel aan vreemd vermogen' en het 'gemiddeld vreemd vermogen', van het totale bedrag aan renten en kosten van geldleningen. De vraag rijst wat moet worden verstaan onder een 'teveel aan vreemd vermogen'. De beantwoording van deze vraag geschiedt aan de hand van een tweetal toetsen:

- de individuele toets, vasteratiotoets of fiscale toets (lid 4); en
- de groepstoets, concerntoets of commerciële toets (lid 5 en 6).

Beide toetsen zien op de verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. In paragraaf 7.4 ga ik nader in op de individuele toets. De groepstoets vormt onderwerp van onderzoek in paragraaf 7.5. In dit verband wijs ik reeds op een belangrijke inperking van de renteaftrekbeperking van het eerste lid. In art. 10d, lid 3 is namelijk bepaald dat ten hoogste niet in aftrek komt het bedrag aan rente dat verschuldigd is aan verbonden lichamen minus het bedrag aan rente verkregen van verbonden lichamen. Op deze bepaling ga ik paragraaf 7.3.3 nader in. Daarvóór besteed ik in paragraaf 7.3.2 aandacht aan enkele begrippen die ook voorkomen in andere renteaftrekbeperkende maatregelen, zoals 'rente, kosten daaronder begrepen' en 'direct of indirect'. Voorts besteed ik paragraaf 7.3.4 aandacht aan het groepsbegrip. In art. 10d, lid 2 wordt namelijk verwezen naar art. 2:24b BW.

7.3.2 *Rente en kosten*

De in art. 10d, lid 1 opgenomen aftrekbeperking ziet niet louter op rente. Ook kosten van geldleningen vallen namelijk onder het bereik van art. 10d. Naar alle waarschijnlijkheid dient het begrip kosten – evenals voor art. 10a – relatief breed te worden uitgelegd. Dit brengt mee dat waarschijnlijk ook afsluitkosten, juridische kosten, e.d. onder de aftrekbeperking vallen. Er bestaat (nog) geen jurisprudentie waarin dit kostenbegrip nader wordt gedefinieerd. Valutaresultaten op de leningen lijken niet onder de aftrekbeperking te vallen.²² De toelichting op de NvW geeft echter geen verklaring van het ontbreken van deze zinsnede.²³ Wel wordt in de toelichting aangegeven dat ook kosten gemaakt om het risico van valutaveranderingen of renterisico's af te dek-

22. In art. 10d ontbreekt een verwijzing naar valutaresultaten. In art. 10a is zo'n referentie daarentegen expliciet opgenomen: 'rente – kosten en valutaresultaten (onderstreping JvS) daaronder begrepen –'.

23. Brandsma wijst mijns inziens terecht op het feit dat de hoogte van de rente en de relatieve sterkte van een valuta met elkaar verband houden. Hoe zwakker de valuta, hoe hoger de rente en omgekeerd. In zoverre kan het, gelet op art. 10d, aantrekkelijker zijn om een lening in een sterke valuta met een relatief lage rente af te sluiten dan een lening in een relatief zwakke valuta met een hoge rente. Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 89.

ken onder het bereik van art. 10d vallen.²⁴ Winsten op instrumenten die zijn aangegaan ten behoeve van het afdekken van valutarisico's zijn mijns inziens in beginsel wel belast.²⁵ De verschillende renteaftrekbeperkende maatregelen wijken op dit punt onderling aanzienlijk af.²⁶ In het vervolg van dit hoofdstuk richt ik mij in het bijzonder op rente(aftrek).

Het is van belang op te merken dat het rente- en kostenbegrip ex lid 1 identiek is voor de individuele toets en de groepstoets. Voor beide toetsen wordt uitgegaan van een identieke rente, dat wil zeggen rente op geldleningen zoals genoemd in art. 10d, lid 7. Bij de bepaling van deze rentepost wordt de verschuldigde rente niet gesaldeerd met de ontvangen rente.²⁷

7.3.3 Maximering renteaftrek

De wetgever beoogt met art. 10d grondslagverschuiving en grondslaguitholling binnen concernverband tegen te gaan.²⁸ De consequenties van dit uitgangspunt komen in art. 10d op twee punten terug.

1. Allereerst komt beperking van renteaftrek op grond van art. 10d niet aan de orde indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep ex art. 2:24b BW. Op de invulling van dit groepsbegrip ga ik in paragraaf 7.3.4 nader in.
2. Voorts wordt in het derde lid van art. 10d de beperking van de niet-aftrekbaarheid van rente gemaximeerd. Lid 3 bepaalt namelijk dat het bedrag van de niet-aftrekbare rente wordt beperkt tot het bedrag van de rente die per saldo verschuldigd is aan verbonden lichamen ex art. 10a, lid 4.

Op dit laatste punt wordt hierna nader ingegaan.

De saldobenadering houdt in dat ten hoogste niet aftrekbaar is de aan verbonden lichamen verschuldigde rente minus de van verbonden lichamen te vorderen rente. Indien een belastingplichtige derhalve slechts leningen heeft opgenomen van externe partijen, wordt hij in beginsel niet geconfronteerd met toepassing van art. 10d. In dit verband wijs ik er op, dat het in art. 10d, lid 3 gaat om 'geldleningen direct of indirect (onderstreping JvS) verschuldigd aan met de belastingplichtige verbonden lichamen'. Volgens de wetgever wordt door de toevoeging van de hiervoor onderstreepte passage ook als rente verschuldigd aan een verbonden lichaam aangemerkt een rentebetaling die feitelijk is gedaan aan een derde (bijvoorbeeld een bank), terwijl een verbonden lichaam de belastingplichtige hiertoe in staat heeft gesteld. Hierbij kan

24. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

25. In dit verband is het hedgearrest (HR 23 januari 2004, BNB 2004/214) van belang. Indien activa en passiva gezamenlijk moeten worden gewaardeerd, zal het in beginsel belaste resultaat op het instrument kunnen worden afgezet tegen het niet-aftrekbare valutaverlies op de schuld.

26. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 89.

27. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 28 en vergelijk De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.G.b.

28. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

volgens de wetgever worden gedacht aan een garantstelling (die niet uitsluitend dient tot verlaging van het verschuldigde rentepercentage) en aan back-to-backsituaties.²⁹

In art. 10d – in tegenstelling tot art. 10a – is niet de frase '*rehtens dan wel in feite (onderstreping JvS) direct of indirect*' opgenomen, maar slechts de frase '*direct of indirect*'. Uit de parlementaire behandeling van art. 10a, lid 1 blijkt dat met de term 'indirect' wordt bedoeld op tussenschakeling van een derde.³⁰ De uitdrukking 'in feite' wordt in verband gebracht met vermomde winstuitdelingen en met garantstellingen en dergelijke.³¹ Overigens laat de toelichting er geen twijfel over bestaan dat situaties van garantstellingen volgens de wetgever (ingevolge de frase 'direct of indirect') onder de renteaftrekbeperking van art. 10d kunnen vallen.³²

Op zichzelf is de opstelling van de wetgever niet opvallend. Het zou pas merkwaardig zijn geweest als garantstellingen voor toepassing van art. 10d anders zouden moeten worden behandeld dan voor art. 10a. Gelet op mijn bevindingen in paragraaf 6.7 ten aanzien van garantstellingen wekt het voorgaande evenwel enige bevreemding en dan vooral de opmerkingen in de NvW.³³ In paragraaf 6.7 kwam ik immers tot de conclusie dat – ingevolge het Besluit van 2 november 2001, BNB 2002/59 vraag en antwoord 7 in combinatie met vraag en antwoord 9 – garantstellingen voor toepassing van art. 15, lid 4 en 5 (nu art. 15ad) voor het concern als geheel worden gezien als derdelening en dat mutatis mutandis hetzelfde geldt voor art. 10a, lid 2 en 3.^{34, 35} Voor zowel art. 10a, als art. 15ad kan mijns inziens derhalve worden geconcludeerd dat een garantstelling niet leidt tot beperking van renteaftrek.³⁶ Dit geldt

29. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17.

30. Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 30.

31. Vergelijk Nota navv, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 29. Voor mijn commentaar dienaangaande verwijs ik naar paragraaf 6.4.4.

32. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17. Vergelijk ook '*In het commentaar van de Orde komt de vraag naar voren of voor de toets of in geval van garantstelling door de aandeelhouder derdenleningen aangemerkt moeten worden als "verbonden leningen" hetzelfde geldt als bij de toepassing van artikel 10a en artikel 15ad. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend*', Nota navv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 31.

33. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17.

34. Dit besluit is ingetrokken en vervangen door het Besluit 23 december 2005, BNB 2006/90, waarbij volgens de inleiding geen inhoudelijk wijziging is beoogd.

35. Voor situaties ex art. 10a, lid 2 loopt deze redenering via de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a. Doordat een lening voor het concern als geheel gezien is aangetrokken van een derde, kwalificeert deze als zijnde aangegaan op grond van zakelijke overwegingen. Vergelijk naast het besluit voorts MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 20-21: '*Als voorbeeld van een situatie waarin sprake kan zijn van in overwegende mate zakelijke overwegingen kan worden gedacht (...). Voorts kan worden gedacht aan de situatie dat er sprake is van een lening verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde. Feitelijk is de lening alsdan aangegaan jegens een derde. Dit betekent dat indien er aan het complex van rechtshandelingen alsmede aan de lening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, de rente in aftrek kan worden gebracht*'.

36. Voor een andere benadering zie Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 41.

onafhankelijk van de het antwoord op de vraag of de garantstelling ziet op de hoofdsom (zonder garantie had de belastingplichtige de lening nooit kunnen opnemen), dan wel op de gunstigere voorwaarden. De vraag rijst of voor art. 10d een vergelijkbare benadering kan worden gevolgd. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. Zowel voor art. 10a als voor art. 15ad wordt namelijk in beginsel een interne lening aangenomen, maar blijft renteaftrek in stand omdat tegenbewijs kan worden geleverd.³⁷ Voor toepassing van art. 10d brengt deze benadering een probleem met zich. De wetgever heeft namelijk herhaaldelijk aangegeven dat elke interne concernlening moet worden aangemerkt als interne lening voor toepassing van art. 10d, lid 3. Dat het verbonden lichaam op zijn beurt de lening weer van een derde heeft aangetrokken, doet daaraan niet af.³⁸

Ten slotte merk ik nog op, dat ook in art. 10d, lid 3 de term 'verbonden lichaam' voorkomt. In art. 10a, lid 4 wordt nu verwezen naar art. 10d. Dit brengt mee dat de term verbonden lichaam in art. 10d, lid 3 overeenkomstig art. 10a, lid 4 wordt ingevuld.³⁹ De schulden aan een verbonden natuurlijke persoon spelen geen rol voor de toepassing van art. 10d, lid 3.

7.3.4 Het groepsbegrip

7.3.4.1 Groep

Met art. 10d heeft de wetgever grondslagverschuiving of grondslaguitholling binnen concernverband willen tegengaan, die op gang zou kunnen komen door het schrapen van de aftrekbeperking in art. 13, lid 1.⁴⁰ De wetgever heeft deze concerngedachte verwoord in art. 10d, lid 2. Dit lid bepaalt dat de aftrekbeperking van lid 1 geen toepassing vindt indien de belastingplichtige geen deel uit maakt van een groep ex art. 2:24b BW. Ook indien vaststaat dat sprake is van een groep, blijft het groepsbegrip van belang. Belastingplichtigen kunnen er namelijk voor opteren om in plaats van de individuele toets (lid 4), de groepstoets (lid 5 en 6) toe te passen bij de

37. Het is wel de vraag hoe een garantstelling op de hoofdsom moet worden gekwalificeerd, vergelijk paragraaf 6.4.4 alsmede Krekel, L.H.; Gegarandeerde leningen van derden, gegarandeerd een groepslening?, WFR 2005/482.

38. Vergelijk in dit verband Nota navv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 29. Vergelijk tevens de volgende passage uit de Nota navv: 'Gelet op deze achtergrond past het niet om rente verschuldigd aan verbonden lichamen als derdenrente aan te merken in gevallen waarin het verbonden lichaam onder gelijke voorwaarden bij een derde heeft geleend. (...) Stel dat de moedermaatschappij van een groep voor de helft is gefinancierd met eigen vermogen en voor de helft met bankkrediet. Indien een Nederlandse dochtermaatschappij (de belastingplichtige) wordt gefinancierd met een minimaal aandelenkapitaal en daarnaast het vele malen grotere bankkrediet geheel wordt doorgeleend aan die dochter, dan ontstaat binnen de groep een scheve financieringsverhouding. Men had immers ook de Nederlandse dochter voor de helft met eigen vermogen kunnen financieren. De voorgestelde thincapregeling zou in dit voorbeeld niet van toepassing zijn als de aan de moeder betaalde rente als derdenrente zou worden aangemerkt. Een dergelijke benadering zou niet stroken met de bedoeling van de regeling' Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 19-20.

39. Voor een nadere duiding van het begrip 'verbondenheid' verwijs ik naar paragraaf 6.6.

40. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

berekening van het teveel aan vreemd vermogen. Op beide toetsen ga ik in paragraaf 7.4 en 7.5 nader in. In art. 2:24b BW is een groep als volgt gedefinieerd: *'een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden'*. Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis dat tevens de aanwezigheid van een centrale leiding essentieel is.⁴¹ Dit brengt mee dat voor de aanwezigheid van een groep de volgende drie cumulatieve criteria gelden. Er moet sprake zijn van:

1. een organisatorische verbondenheid;
2. een economische eenheid; en
3. een centrale leiding.

Ad 1

Voor de aanwezigheid van organisatorische verbondenheid is enige juridische verbondenheid vereist. Voorts dient er materieel enige integratie te hebben plaatsgevonden. Indien een vennootschap een andere vennootschap slechts ter belegging aanhoudt, zal in de regel geen sprake zijn van de een groepsrelatie.⁴²

Ad 2

Het vereiste van de economische eenheid is een criterium dat afkomstig is uit het jaarrekeningenrecht. Slechts bij voldoende economische samenhang is een gezamenlijk verslag immers zinvol, omdat het alleen dan inzichtverhogend werkt.⁴³

Ad 3

Een centrale leiding impliceert een vorm van centrale strategie. De dochtervennootschappen zijn min of meer dienstbaar aan het bereiken van de strategische doelen. Een centrale leiding betekent voorts een hiërarchische organisatiestructuur. Het is mogelijk dat een groep wordt geleid door twee moedervennootschappen. Ter illustratie zij gewezen op het Unilever-concern.⁴⁴ Het criterium van de centrale leiding wordt – hoewel dit dus niet uit de wettelijke definitie blijkt – wel als voornaamste criterium aangemerkt.⁴⁵

De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft in zijn richtlijnen aandacht besteed aan het groepsbegrip. In de volgende paragraaf citeer en parafraseer ik verschillende opvat-

41. Vergelijk Groene Serie Privaatrecht, art. 2:24b BW, aantekening 3, Groep (concern), bewerkt door Dorresteyn, A.F.M. Aldaar wordt verwezen naar MvT 16 326, blz. 42 en MvA, 19813, punt 14.

42. Zie ook Groene Serie Privaatrecht, art. 2:24b BW, aantekening 3, Groep (concern), bewerkt door Dorresteyn, A.F.M.

43. Groene Serie Privaatrecht, art. 2:24b BW, aantekening 3, Groep (concern), bewerkt door Dorresteyn, A.F.M.

44. Vergelijk Groene Serie Privaatrecht, art. 2:24b BW, aantekening 3, Groep (concern), bewerkt door Dorresteyn, A.F.M. Vergelijk tevens Van Schilfgaarde, P. (bewerkt door J. Winter), Van de BV en de NV, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 30.

45. In gelijke zin Van Schilfgaarde, P. (bewerkt door J. Winter), Van de BV en de NV, Kluwer, Deventer, 2003, blz. 29. Vergelijk voorts Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 29 en de aldaar aangehaalde literatuur.

tingen van de Raad ten aanzien van het groepsbegrip.⁴⁶ Deze opvattingen zijn opgenomen in RJ 214.

7.3.4.2 Richtlijn voor de jaarverslaggeving 214

In RJ 214.103 wordt aangegeven dat tussen de in de vorige paragraaf genoemde drie criteria een verband bestaat. De RJ acht kenmerkend voor een groep dat sprake is van een samenstel van rechtspersonen en vennootschappen die onder centrale leiding staan, zodanig dat zij een economische eenheid vormen.⁴⁷ Of sprake is van een groepsrelatie hangt af van het antwoord op de vraag of een bepaalde maatschappij in wezen de andere maatschappij beheerst (RJ 214.103a). Hiervan is sprake, indien de ene maatschappij feitelijk beleidsbepalend is in de andere (beleidsafhankelijke) maatschappij. Deze invloed wordt normaliter geëffectueerd door het hebben van de meerderheid van de stemrechten, of door de bevoegdheid de meerderheid van bestuurders te kunnen benoemen of ontslaan. Tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij zal normaliter een groepsrelatie bestaan. Er zijn evenwel uitzonderingen denkbaar.⁴⁸

Interessant is de opmerking in RJ 214.103a dat het bij zorgvuldige toepassing van de criteria niet kan voorkomen dat een maatschappij groepsmaatschappij is van meer dan één groep. Daaraan verbindt de RJ de volgende conclusie (RJ 214.103a, laatste volzin): *‘Van die maatschappij kunnen de financiële gegevens dan niet in meer dan een geconsolideerde jaarrekening worden opgenomen’*.⁴⁹ In zoverre zou art. 10d, lid 6, laatste volzin een loze bepaling zijn.⁵⁰ Denkbaar is evenwel dat er bij joint ventures meningsverschillen kunnen bestaan welke partner beleidsbepalend is ten aanzien van

46. Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005. Deze Richtlijn 214 (aangepast 2005) vervangt Richtlijn 214 (aangepast 2004) en is van kracht voor verslagjaren die aanvangen op of na 1 januari 2005 (eerdere toepassing aanbevolen).

47. Vergelijk voor een nagenoeg identieke definitie: Timmermans, C.W.A.; Het economisch groepsbegrip en de zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening, Van vennootschappelijk belang, Maeijerbundel, Tjeenk Willink BV, Zwolle, 1988, blz. 349.

48. Voorstelbaar zijn situaties waarin de moeder wel de meerderheid van de stemrechten in de AvA kan uitoefenen, maar geen feitelijke beleidsbepalende invloed kan uitoefenen aangezien:

- ingevolge de statuten of een overeenkomst de financiële en operationele activiteiten beheerst worden door derden; of
- het recht de meerderheid van de bestuurders te benoemen en te ontslaan toekomt aan derden of aan de Raad van Commissarissen.

49. Ik benadruk dat de groep niet per definitie gelijk is aan de consolidatiekring, vergelijk art. 2:406, lid 1 BW: *‘De rechtspersoon die, alleen of samen met een andere groepsmaatschappij, aan het hoofd staat van zijn groep, stelt een geconsolideerde jaarrekening op, waarin opgenomen de eigen financiële gegevens met die van zijn dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen (onderstreping JvS) waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft’*. Aan de andere kant bevat de geconsolideerde jaarrekening niet per definitie alle groepsmaatschappijen, vergelijk art. 2:407 BW waarin een aantal consolidatievrijstellingen is opgenomen.

50. Art. 10d, lid 6, laatste volzin bepaalt namelijk dat de groep met het grootste balanstotaal als maatstaf wordt genomen, indien de belastingplichtige deel uitmaakt van meer dan een groep.

de joint venture. Voorts is het denkbaar dat in grensoverschrijdende situaties dubbele groepsverhoudingen ontstaan vanwege afwijkingen in de verschillende nationale regelgevingen.

Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van het een groep(srelatie), dient acht te worden geslagen op het geheel van feitelijke omstandigheden en contractuele relaties. Bepaalde financiële instrumenten (zoals opties op aandelen, converteerbare obligatieleningen e.d.) kunnen namelijk (potentiële) stemrechten bevatten.⁵¹

Voor de aanwezigheid van een groepsrelatie is feitelijke beleidsbepalende invloed vereist. De aanwezigheid van een dergelijke invloed kan mede aan de hand van de volgende elementen worden getoetst (zie RJ 214.103b):

- Alle activiteiten van een maatschappij worden in wezen uitgevoerd ten behoeve van de (deelnemende) rechtspersoon, conform zijn specifieke wens. Economische afhankelijkheid op zichzelf (zoals die van een leverancier of van een belangrijke klant) brengt overigens geen feitelijk beleidsbepalende invloed met zich.
- De rechtspersoon heeft in wezen zodanige zeggenschap over een andere maatschappij dat hij die maatschappij of zijn activiteiten beheerst of kan beheersen. Dat deze de zeggenschap aan anderen kan delegeren, doet daaraan in beginsel niet af.
- De rechtspersoon heeft in wezen het recht om de meerderheid van de economische voordelen van de activiteiten van de beleidsafhankelijke maatschappij te verkrijgen.
- De rechtspersoon loopt in wezen voor meer dan de helft het economische risico met betrekking tot die maatschappij of de activa van die maatschappij.

Uit RJ 214.103c blijkt dat ook een SPE/SPC⁵² als een groepsmaatschappij kan kwalificeren. Dergelijke entiteiten dienen eveneens aan de hand van RJ 214.103-103b te worden getoetst. Ook tussen zustervennootschappen kan een directe groepsrelatie bestaan (RJ 214.103d). De beleidsafhankelijke zustermaatschappij behoort dan in beginsel tot de consolidatiekring van de beleidsbepalende zustermaatschappij. Ook in dit verband gelden de criteria van 214.103-103b.

51. In RJ 214.103aa wordt dienaangaande het volgende voorbeeld gegeven. A bezit naast een aandelenbezit van 40% in vennootschap C een (call)optie op nog eens 40% van de aandelen. Deze optie is direct uitoefenbaar tegen een prijs die iets hoger ligt dan de marktprijs van de betreffende aandelen op het moment van uitgeven van de optie. De uitoefenprijs van de optie is evenwel niet zo hoog gesteld, dat uitoefening zeer onwaarschijnlijk is. De optie brengt in combinatie met het aandelenbezit (in beginsel) mee, dat A de feitelijk beleidsbepalende invloed kan uitoefenen in C. Deze conclusie volgt uit het feit dat A de optie ieder moment kan uitoefenen en na uitoefening 80% van het stemrecht heeft in C. In RJ 214.103aa wordt nog opgemerkt, dat de intentie van het management van A om de optie al dan niet uit te oefenen buiten beschouwing blijft. Dit geldt eveneens voor de financiële mogelijkheid van A om de optie uit te oefenen. Beide zijn namelijk veelal moeilijk te beoordelen.

52. Special Purpose Entity/Company.

7.3.4.3 Nadere opmerkingen ten aanzien van het groepsbegrip

Doorslaggevende zeggenschap

In de vorige paragraaf werd duidelijk, dat, gelet op de criteria organisatorische verbondenheid en centrale leiding, een 50%- of minderheidsdeelneming normaliter niet leidt tot de aanwezigheid van een groep. Dit is anders indien op andere gronden toch sprake is van het feitelijk bepalen van het beleid, denk aan het voorbeeld met de optie in voorgaande paragraaf.⁵³ Uit het voorgaande blijkt wel dat het niet altijd op voorhand duidelijk is of sprake is van een groep. Ook de regels van de RJ bieden niet altijd uitsluitel.⁵⁴

Buitenlandse verhoudingen

In art. 10d, lid 2 wordt alleen expliciet verwezen naar art. 2:24b BW. Een verwijzing naar een vergelijkbare buitenlandse regeling – zoals deze wel is opgenomen in de leden 5 en 6 – ontbreekt. Naar de letter van de wet blijft toepassing van art. 10d, lid 1 dan ook achterwege indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep ex 2:24b BW, maar wel van een buitenlandse groep. Dit is echter niet in lijn met de ratio van de regeling.

In de NvW merkt de wetgever dienaangaande het volgende op: *‘De thincap-maatregel kan ook van toepassing zijn als de belastingplichtige deel uitmaakt van een buitenlandse groep waarop de bepalingen van het genoemde artikel 24b niet van toepassing zijn. Ook dan kan er immers sprake zijn van groepsverbondenheid in de zin van dat artikel (onderstreping JvS)’.*⁵⁵

De portee van de opmerking van de wetgever is mij niet geheel helder. *‘in de zin van dat artikel’* verwijst mijns inziens naar art. 2:24b BW. Het is denkbaar dat naast de buitenlandse groepsverbondenheid tevens Nederlandse groepsverbondenheid bestaat. Naar alle waarschijnlijkheid is dat niet hetgeen waar de wetgever op doelt. Be-doeld zou kunnen zijn dat in de situatie dat er naar Nederlands recht geen groep is maar naar buitenlands recht wel, er wel sprake is van een groep ex art. 10d, lid 2.

53. Brandsma merkt dienaangaande op dat – mede gelet op het ontbreken van de relevantie van intentie van het management om de optie uit te oefenen en de financiële mogelijkheden daartoe – dat dit standpunt van de RJ zijns inziens naïef is, Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 32. Hoewel op zichzelf wel wat voor de kritiek van Brandsma te zeggen valt, is het ook zo dat het lang niet altijd eenvoudig zal zijn om na te gaan wat de intentie is van het management. Ook het beoordelen van de financiële gesteldheid – de leencapaciteit – van een onderneming is lang niet altijd een sine-cure.

54. Een nadere beschouwing van het groepsbegrip valt buiten het bestek van dit onderzoek. In dit verband verwijs ik de lezer daarom naar Schilfgaarde P. (bewerkt door J. Winter), Van de BV en de NV, Kluwer, Deventer, 2003, onder meer blz. 29, 125, 128, 196, 230, 273, 275, 337, 371, Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 100-107, Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 27-37 en Groene Serie Privaatrecht, artikelsgewijs commentaar bij art. 2:24a en art. 2:24b BW, bewerkt door Dorresteyn, A.F.M.

55. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

Deze benadering lijkt evenmin logisch. Brandsma wijst er mijns inziens terecht op dat deze benadering meebrengt dat in theorie alle rechtsstelsels van de gehele wereld moeten worden onderzocht om te beoordelen of de in Nederland gevestigde belastingplichtige deel uitmaakt van een groep naar het recht van een of meer andere landen. Daarmee is deze benadering onwerkbaar.⁵⁶ Daarnaast brengt deze benadering het ongewenste effect met zich dat er veel niet gelijklopende groepsbegrippen ontstaan. Ik meen dat '*in de zin van dat artikel*' moet worden opgevat in de zin dat naar Nederlands recht moet worden beoordeeld of er sprake is van een groep. Ook twee in het buitenland gevestigde en naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen kunnen namelijk een groep vormen ex art. 2:24b BW.

De wetgever neemt de feitelijk beschikbare geconsolideerde jaarrekening als uitgangspunt voor het voldoen aan het groepsvereiste. Dit is slechts anders indien deze evident in strijd is met de toepasselijke binnenlandse, dan wel buitenlandse regels voor de jaarverslaggeving.⁵⁷ Kavelaars en Smittenberg merken dienaangaande mijns inziens terecht op, dat deze benadering belastingplichtigen in een bewijsrechtelijk nadelige positie brengt.⁵⁸ Het standpunt zoals ingenomen voor de vennootschappelijk jaarrekening heeft immers in de ogen van de wetgever als uitgangspunt te gelden. Het is overigens nog niet gezegd dat deze benadering door de rechter wordt gevolgd. In de wet valt voor zo'n benadering mijns inziens geen aangrijpingspunt te vinden. Verder is consolidatie geen volmaakt criterium voor de aanwezigheid van een groep.⁵⁹ Hierbij valt te denken aan mogelijk afwijkende criteria voor consolidatie in buitenlandse regelgeving. Verder wijs ik op de (in Nederland geldende) vrijstellingen van de consolidatieplicht.⁶⁰

Ten slotte wijs ik nog op de volgende twee punten. Indien de fiscale eenheid van de belastingplichtige samenvalt met de groep, dan vindt de renteaftrekbeperking van art. 10d geen toepassing.⁶¹ Voorts is het opvallend dat de wetgever aansluiting heeft gezocht bij een niet-fiscaal begrip teneinde vast te stellen of er sprake is van een groep. De wetgever staan immers diverse (min of meer uitgekristalliseerde) concernbegrippen ter beschikking; zie bijvoorbeeld art. 8b en art. 10a, lid 4.

56. Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 61-62. Mede in dat verband is Brandsma de opvatting toegedaan dat '*in de zin van*' moet worden gelezen als '*op grond van*' en stelt hij voor de wettekst ook dienovereenkomstig aan te passen.

57. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 14.

58. Kavelaars, P. & Smittenberg, R.A.H.; Het groepsbegrip in de thincapregeling, WFR 2004/165.

59. In gelijke zin Kavelaars, P. & Smittenberg, R.A.H.; Het groepsbegrip in de thincapregeling, WFR 2004/165.

60. Vergelijk in dit verband ook De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.D.

61. Vergelijk de toelichting bij de NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

7.3.5 *Berekening niet-aftekbare rente*

7.3.5.1 *Berekening omvang niet-afteikbaar bedrag*

Beperking van renteaftrek komt aan de orde indien er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen. Het teveel aan vreemd vermogen kan worden berekend aan de hand van:

- de individuele toets; en
- de groepstoets.

Bij beide toetsen wordt het teveel aan vreemd vermogen berekend door het eigen vermogen af te zetten tegen het vreemd vermogen. Bij de individuele toets geldt een vaste ratio tussen vreemd vermogen en eigen vermogen van 3:1. Voor deze toets wordt gebruikgemaakt van de fiscale cijfers van de belastingplichtige. Bij de groepstoets wordt de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen van de belastingplichtige afgezet tegen de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen van de groep als geheel waartoe de belastingplichtige behoort. Voor deze toets wordt gebruikgemaakt van de commerciële cijfers. Belastingplichtigen kunnen jaarlijks kiezen voor de toets die hun het meest gunstig uitkomt. De individuele toets wordt ook wel aangeduid als vasteratiotoets of fiscale toets. Deze bepaling – die is opgenomen in art. 10d, lid 4 – wordt nader behandeld in paragraaf 7.4. In paragraaf 7.5 ga ik nader in op de in art. 10d, lid 5 en 6 opgenomen groepstoets, die ook wel wordt aangeduid als concerntoets of commerciële toets.

Ingevolge art. 10d, lid 1 komt – indien er op basis van de gekozen toets in enig jaar sprake is van een teveel aan vreemd vermogen – niet in aftrek een gedeelte van de rente ter zake van geldleningen dat evenredig is aan de verhouding tussen het teveel aan vreemd vermogen en het gemiddeld vreemd vermogen. De niet-aftekbare rente wordt dus op de volgende wijze berekend:

$$\text{Rente} \times (\text{teveel aan vreemd vermogen} / \text{gemiddeld vreemd vermogen})$$

Voor de individuele toets en de groepstoets is het rentebedrag gelijk, vergelijk paragraaf 7.3.2. De andere twee grootheden (het teveel aan vreemd vermogen en het gemiddeld vreemd vermogen) hangen af van de gekozen toets. Indien het teveel aan vreemd vermogen wordt berekend volgens de individuele toets, dient dit bedrag door het gemiddeld fiscaal vreemd vermogen te worden gedeeld.⁶² Indien de berekening plaatsvindt aan de hand van de groepstoets, wordt het aldus berekende bedrag aan teveel vreemd vermogen afgezet tegen het gemiddeld commercieel vreemd vermogen.

62. Dit betekent dat ook op deze plaats wordt uitgegaan van een saldobenadering, vergelijk Nota navv, EK, 2003–2004, 29 210, blz. 17. Vergelijk tevens Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 91. Anders Snel, F.P.J.; Art. 13, eerste lid, Wet VPB 1969, rentekosten en de Bosal-reparatie, TFO 2003/195.

7.3.5.2 *Geen saldering*

Voor de berekening van de niet-afrekbare rente wordt zowel voor de individuele toets als voor de groepstoets dezelfde rente in aanmerking genomen. De beiden toetsen zijn namelijk slechts van belang voor de berekening van het teveel aan vreemd vermogen. De rentepost representeert de fiscale rente. Hieronder valt ook geïmputeerde rente op onzakelijke renteloze leningen.

Bij de berekening van de omvang van de niet-afrekbare rente wordt de verschuldigde rente niet gesaldeerd met de ontvangen rente. Deze benadering kan leiden tot onredelijke uitkomsten. Bij een opgenomen geldlening van € 50 mln. en een uitgeven lening van € 20 mln. bedraagt het saldo van de geldleningen € 30 mln. De verschuldigde rente wordt berekend over € 50 mln., zodat – uitgaande van een teveel aan vreemd vermogen – ook de niet-afrekbare rente wordt berekend aan de hand van de rente op laatstgenoemd bedrag. Indien de uitgegeven geldlening wordt aangevend om de verschuldigde geldlening (partieel) af te lossen, resteert een saldo van € 30 mln. De verschuldigde – voor lid 1 in aanmerking te nemen rente – wordt dan berekend over de uitstaande geldlening ad € 30 mln. Voor de individuele toets ondergaat het teveel aan vreemd vermogen door de aflossing geen mutatie, maar de niet-afrekbare rente komt wel (aanzienlijk) lager uit.⁶³ Voor toepassing van de groepstoets leidt de aflossing van de lening o/g met de verkregen gelden van de lening u/g zelfs tot een dubbel voordeel. Naast de daling van de verschuldigde rente daalt op het niveau van de belastingplichtige immers eveneens het gemiddeld vreemd vermogen indien opgenomen geldleningen worden afgelost met de gelden uit afgeloste uitgegeven geldleningen. Dit additionele voordeel komt voort uit het feit dat de groepstoets geen saldering van leningen o/g en leningen u/g kent.

7.4 **Individuele toets**

7.4.1 *Inleiding*

De individuele toets is opgenomen in lid 4 van art. 10d. Deze toets geldt als hoofdregel. Slechts indien een belastingplichtige daarvoor expliciet kiest, wordt de vraag of en in hoeverre er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen beantwoord aan de hand van de in paragraaf 7.5 nader te onderzoeken groepstoets.

Volgens de individuele toets is sprake van een teveel aan vreemd vermogen indien en voor zover het gemiddeld fiscaal vreemd vermogen meer bedraagt dan driemaal het gemiddeld fiscaal eigen vermogen en dit surplus tevens een bedrag van € 500.000 te boven gaat. Hierna wordt op de diverse van belang zijnde begrippen ingegaan.

63. Vergelijk ook Brandsma, die een en ander uitwerkt aan de hand van een cijfervoorbeeld, zie Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 90-93.

7.4.2 *Gemiddelden*

Voor de toepassing van art. 10d wordt het gemiddeld vreemd vermogen ingevolge lid 8 bepaald naar de stand bij het begin en het einde van het jaar. Voor het eigen vermogen geldt hetzelfde, met dien verstande dat het gemiddelde eigen vermogen ten minste op € 1 wordt gesteld.⁶⁴ Onder jaar wordt in dit verband een boekjaar verstaan.⁶⁵ Het voorgaande betekent dat een belastingplichtige hier – door het verkorten of het verlengen van het boekjaar – in beperkte mate op in zal kunnen spelen. Voorts is beïnvloeding van het gemiddelde vreemd of eigen vermogen juist voor peildatum mogelijk, waardoor op de peildatum een hoger eigen of een lager vreemd vermogen kan worden gepresenteerd.⁶⁶ Na de peildatum kan de financieringsverhouding in de oorspronkelijke staat worden teruggebracht. In dit verband kan onder meer worden gedacht aan het tijdelijk storten van kapitaal in een belastingplichtige voor de peildatum. Na de peildatum kunnen deze gelden weer worden terugbetaald. Het effect van de kapitaalstorting kan nog worden vergroot door met de ontvangen gelden bestaande leningen (tijdelijk) af te lossen.⁶⁷ Zelfs schuldig gebleven kapitaalstortingen voor balansdatum kunnen een positieve werking hebben. Weliswaar staat tegenover een toename van het eigen vermogen ook een toename van het vreemd vermogen, maar de toename van het eigen vermogen telt driemaal mee bij de berekening van het teveel aan vreemd vermogen. Voorts kan het in voorkomende gevallen raadzaam zijn om pas met ingang van de tweede dag van het boekjaar een fiscale eenheid aan te gaan. Hiermee wordt de vermogensdaling zoals behandeld in paragraaf 7.4.4 per balansdatum voorkomen.

De vraag rijst of deze acties door de fiscus met *fraus legis* kunnen worden geattaqueerd. Ik beantwoord deze vraag in beginsel ontkennend.⁶⁸ De wetgever heeft in art. 10d namelijk – waarschijnlijk bewust – geen flankerende maatregelen opge-

64. Hiermee wordt voorkomen dat bij een negatief eigen vermogen het teveel aan vreemd vermogen voor de toepassing van het eerste lid meer zou bedragen dan het gemiddeld vreemd vermogen. Indien zulks niet was bepaald, dan zou het niet-aftrekbare deel van de rente van geldleningen meer bedragen dan de verschuldigde rente, NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20.

65. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 19-20.

66. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 61.

67. Indien voor de latere kapitaal terugbetaling een lening (rechtens dan wel in feite, direct of indirect) wordt opgenomen bij een verbonden lichaam, vallen eventuele rentebetalingen op deze nieuwe lening mogelijk onder het bereik van art. 10a. Dit is mijns inziens een wezenlijk punt van aandacht indien wordt overwogen na de invoering van art. 10d art. 10a af te schaffen, zoals wordt voorgesteld door Heithuis, Heithuis, E.J.W.; *De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!*, WFR 2005/1869. Door de hierboven beschreven structuren kan de werking van art. 10d feitelijk illusoir worden, tenzij deze bepaling wordt voorzien van andere flankerende maatregelen.

68. Vergelijk Maatoug, H. & Boer, J.P.; *Two is a party, three is a crowd (I)*, MBB 2004/49 en Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 61.

nomen.⁶⁹ In dit verband wijs ik voorts op het ex-warrantarrest, HR 13 maart 1996, BNB 1996/194, alwaar de Hoge Raad oordeelde dat het niet mogelijk is om met een beroep op de bedoeling van de wetgever te bereiken dat de wettekst op een manier moet worden uitgelegd zoals deze welbewust nu juist niet is geformuleerd. Desalniettemin acht ik het niet uitgesloten dat *fraus legis* in voorkomende gevallen toepasbaar is. Ik denk dan aan de situatie die in werkelijkheid iedere betekenis mist, maar die naar de letter van de wet geen *thin capitalisation* met zich brengt.⁷⁰

Gelet op het voorgaande, rijst de vraag of het wenselijk is art. 10d te flankeren met een maatregel die kunstgrepen rond peildata tegengaat. Ik van mening dat deze flankerende wetgeving wenselijk is. Ik acht het toepassingsbereik van *fraus legis* namelijk tamelijk klein.⁷¹ Voorts ben ik van mening dat een beroep op een teleologische wetsuitleg evenmin het gewenste effect sorteert. Bij art. 10d wordt namelijk afgezien van flankerende wetgeving, terwijl in de Wet IB 2001 wel zulke flankerende bepalingen zijn opgenomen voor situaties waarin een vergelijkbaar probleem met peildata speelt. Het probleem is dus bekend, maar voor toepassing van art. 10d niet in aanvullende wetgeving omgezet. Overigens zullen dergelijke maatregelen naar verwachting wel de toepasbaarheid van art. 10d compliceren. Ik acht het wel wenselijk dat deze aanvullende bepalingen tegenbewijsregelingen kennen, teneinde overkill te voorkomen.

7.4.3 *Vreemd vermogen*

7.4.3.1 *Saldering*

De term *vreemd vermogen* wordt in art. 10d, lid 4, tweede volzin nader gedefinieerd. Ingevolge deze bepaling dient het begrip *vreemd vermogen* te worden ingevuld volgens een saldobenadering. Als *vreemd vermogen* kwalificeert het bedrag van de verschuldigde geldleningen en de uitstaande geldleningen. De ratio achter deze saldobenadering is, dat geen sprake is van uitholling van de grondslag indien en voor zover tegenover de ingeleende gelden uitgeleende gelden staan.⁷² Brandsma ageert tegen deze benadering.⁷³ Zijns inziens is evenmin sprake van uitholling van de belastingsgrondslag als de opgenomen leningen dienen ter financiering van machines, bedrijfspanden etc. Tegenover de rentelasten staan in beginsel immers belaste baten uit de ondernemingsactiviteiten. Hoewel ik deze benadering op zichzelf juist acht, bestaat er een belangrijk verschil tussen de door Brandsma genoemde 'reguliere'

69. Vergelijk bijvoorbeeld art. 2.14, lid 3, onderdeel b en c, Wet IB 2001 voor box 3 waarin wel flankerende maatregelen zijn opgenomen om uitholling van de grondslag van box 3 te voorkomen.

70. In dit verband wijs ik op de voor de kapitaalsbelasting gewezen procedure HR 14 november 2003, BNB 2004/161.

71. Vergelijk Maatoug, H. & Boer, J.P.; *Two is a party, three is a crowd (I)*, MBB 2004/49 en in gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 61.

72. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17.

73. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 54.

activa en leningen u/g. Brandsma wijst in dit verband zelf onder andere op banken, waarvan de voornaamste bezigheid is het in- en uitlenen van geld. Voor dergelijke ondernemingen zou thin-capitalisationwetgeving zeer nadelige gevolgen kunnen hebben.⁷⁴ Dit geldt ook voor vennootschappen die binnen een concern inlenen en vervolgens weer doorlenen. In zo'n situatie bestaat niet alleen een risico van beperking van de renteaftrek voor de uiteindelijke inlenende groepsvennootschap. Ook de 'doorstroomvennootschap' loopt het risico te worden getroffen door art. 10d. Hierbij doel ik niet voornamelijk op zuivere doorstroomvennootschappen, maar vooral op situaties waarin een 'normale' actieve vennootschap een lening verstrekt aan een gelieerde partij en deze gelden inleent bij haar moedervenootschap.⁷⁵ Ik ben van mening dat de saldobenadering ook in dergelijke situaties terecht verlichting brengt. Op die manier wordt voorkomen dat een financieringsstroom op verschillende niveaus zou leiden tot toepassing van art. 10d.

7.4.3.2 Aansluiting bij jurisprudentieel herkwalficeren van geldverstrekkingen

De vraag komt op wat voor toepassing van art. 10d moet worden verstaan onder een geldlening. Het ligt voor de hand om in dit verband aan te sluiten bij de in hoofdstuk 3 besproken jurisprudentie, in het bijzonder BNB 1988/217. Voor de toepassing van art. 10d wordt in eerste aanleg tevens de categorisering van BNB 1988/217 gevolgd.⁷⁶ Dit betekent dat geldverstrekkingen die ingevolge BNB 1988/217 worden gekwalificeerd als eigen vermogen, ook voor toepassing van art. 10d als eigen vermogen hebben te gelden. Daarmee is evenwel niet gezegd dat geldverstrekkingen die ingevolge BNB 1988/217 hebben te gelden als lening, ook voor de individuele toets van art. 10d als zodanig worden aangemerkt. Het uitgangspunt van BNB 1988/217 wordt voor toepassing van de thin-capitalisationwetgeving namelijk nader ingeperkt.

Onder geldleningen worden voor de toepassing van art. 10d slechts die geldleningen begrepen, waarop – zonder toepassing van art. 10d en de temporiseringsbepalingen in het kader van de fiscale eenheid en de fusie en splitsing – de rente in aanmerking zou worden genomen bij het bepalen van de winst. Dit brengt mee dat geldleningen waarvan de rente niet aftrekbaar is ingevolge art. 10a niet worden meegenomen bij de bepaling van de omvang van het vreemd vermogen.⁷⁷ Hetzelfde geldt voor zoge-

74. Brandsma stelt dienaangaande voor om de thans geldende generieke maatregel te vervangen door een specifieke maatregel voor banken e.d. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 54.

75. Bij doorstroomvennootschappen ex art. 8c vallen de rentebaten en rentelasten niet in de grondslag, zodat zo'n vennootschap niet wordt getroffen door de thin-capitalisationwetgeving.

76. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

77. Leningen ten aanzien waarvan de renteaftrek wordt geschrapt op grond van *fraus legis* – voor zover dit thans nog mogelijk is – zullen ingevolge art. 10d, lid 7 evenmin in aanmerking worden genomen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een teveel aan vreemd vermogen. In gelijke zin Snel, F.P.J.; Art. 13, eerste lid, Wet VPB 1969, rentekosten en de Bosal-reparatie, TFO 2003/195 en Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 25.

noemde hybride leningen.⁷⁸ Volgens de wetgever kwalificeren hybride leningen evenmin als eigen vermogen voor toepassing van art. 10d.

Dienaangaande merkt de wetgever nog wel het volgende op: 'Indien echter een dergelijke geldlening ook zonder de toepassing van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, als eigen vermogen zou worden aangemerkt, wordt deze voor de toepassing van de thincap-maatregel wel tot het eigen vermogen gerekend'.⁷⁹

Deze passage uit de parlementaire geschiedenis dient mijns inziens aldus te worden begrepen, dat deelnemerschapsleningen e.d. wel kwalificeren als eigen vermogen voor toepassing van art. 10d en hybride leningen niet. Naast het feit dat ik deze keuze van de wetgever opvallend acht – op deze wijze ontstaat er immers een categorie die tussen eigen vermogen en vreemd vermogen in zit – is deze keuze mijns inziens niet correct verwoord. Indien er namelijk sprake is van een deelnemerschapslening, komt toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d niet meer aan de orde. Ingevolge BNB 1988/217 is er alsdan namelijk geen sprake van een geldlening (waaraan art. 10, lid 1, onderdeel d refereert) maar van (informeel) kapitaal.

7.4.3.3 Geldlening

In art. 10d, lid 4, tweede volzin is bepaald dat onder vreemd vermogen wordt verstaan, het saldo van verschuldigde en uitstaande geldleningen. Het is daarom van belang na te gaan, wat moet worden verstaan onder 'geldleningen'.⁸⁰ De wetgever definieert een geldlening als volgt:

'Een geldlening is kort gezegd een lening van geld. Hierbij wordt op basis van een overeenkomst van geldlening een geldbedrag geleend. Niet elke in geld uitgedrukte schuld is een geldlening'.⁸¹

Deze toelichting draagt weinig bij aan de invulling van het begrip geldlening. Uit de parlementaire geschiedenis vallen wel enkele voorbeelden van geldleningen te destilleren. In de toelichting bij de NvW wijst de wetgever ter illustratie op een bankdeposito en een obligatielening u/g als kwalificerende verstrekte geldleningen.⁸² Als voorbeelden van opgenomen geldleningen noemt hij een bankkrediet en een obligatielening o/g. Voorts kunnen ook een rekening-courantvordering of -schuld en een

78. Dit brengt mee dat het voor een debiteur aantrekkelijk kan zijn om in situaties van art. 10d de geldlening te hybridiseren, omdat tegenover de aftrekbeperking op het niveau van de debiteur veelal toepassing van de deelnemingsvrijstelling staat op het niveau van de crediteur. In gelijke zin Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisation-wetgeving, MBB 2003/350. Wel dient men zich rekenschap te geven van het feit dat een hybride lening die bij de crediteur valt onder de deelnemingsvrijstelling voor hem niet kwalificeert als een lening u/g voor toepassing van art. 10d.

79. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

80. Deze term komt op verschillende plaatsen in de Wet Vpb 1969 voor. Vergelijk bijvoorbeeld: art. 10, lid 1, onderdeel d, art. 10a, lid 2 en art. 10b, lid 1.

81. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

82. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

cashpoolovereenkomst onder omstandigheden worden aangemerkt als een geldlening.⁸³ Passiefposten zoals reserves, voorzieningen en verplichtingen uit hoofde van verzekerings- en pensioenovereenkomsten kwalificeren niet als geldlening.⁸⁴ Een belastingschuld vormt evenmin een geldlening.⁸⁵ Voorts blijven transitorische posten buiten beschouwing voor toepassing van art. 10d, lid 4, aangezien vooruitontvangen bedragen en vooruitbetaalde bedragen geen lening van geld vormen.⁸⁶

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt voorts dat een kortlopend leverancierskrediet niet kwalificeert als geldlening.⁸⁷ Voor een aan de belastingplichtige verstrekt leverancierskrediet zal mijns inziens naar verwachting hetzelfde hebben te gelden.⁸⁸ Theoretisch valt mijns inziens echter ook te verdedigen dat een leverancierskrediet wel moet worden aangemerkt als geldlening, ongeacht de looptijd en ongeacht het feit dat de eerste periode veelal geen rente is overeengekomen.⁸⁹ Hiervoor is een materiële uitleg van het begrip rente noodzakelijk. Het is zeer wel denkbaar dat een debiteur korting krijgt, indien hij binnen een bepaalde periode betaalt (bijvoorbeeld binnen 30 of 60 dagen). Deze korting kan materieel worden aangemerkt als rente. Waarschijnlijk staat de wetgever niet een zo materiële benadering voor van het begrip rente.

Opvallend acht ik het oordeel van de wetgever tijdens de parlementaire behandeling, dat een financial-leaseovereenkomst niet kwalificeert als een geldlening ex art. 10d, lid 7.⁹⁰ Dit betekent onder meer dat – afgezien van de groepstoets – leasemaatschappijen veelal worden geconfronteerd met beperking van de renteaftrek. Tegenover de uitstaande financial-leasevorderingen staan normaliter voor een belangrijk deel ‘reguliere’ schulden. Indien deze schulden zijn verschuldigd aan een of meer verbonden lichamen, zal een aanzienlijk deel van de rente in aftrek worden beperkt. De groepstoets (zie hierna verder in paragraaf 7.5) biedt alleen uitkomst indien de moedervennootschap ‘slechter’ – dat wil zeggen met meer vreemd vermogen – is gefinancierd dan de belastingplichtige. Het is goed denkbaar dat de moedervennootschap niet tevens zelf een leasemaatschappij is, maar een reguliere holdingvennootschap en dat de vermogensstructuur van de moeder afwijkt van (lees: beter is dan) die van de ‘leasedochter’. De groepstoets biedt dan geen uitkomst.

83. Hierbij is onder meer belang of dienaangaande rente (fiscaal) in aanmerking wordt genomen, Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 30.

84. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

85. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

86. Brief staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 7 november 2003, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 2.

87. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

88. Brandsma lijkt evenwel een andere benadering voor te staan, vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 22.

89. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 22.

90. Bijvoegsel, Schriftelijke antwoorden van de staatssecretaris van 9 december 2003, EK, blz. 11-517 (vraag 132).

Aan de andere kant kan de opmerking van de wetgever voor belastingplichtigen ook positieve implicaties hebben. Zo kwalificeren leaseschulden naar alle waarschijnlijkheid niet als een schuld voor toepassing van art. 10d, hetgeen voor belastingplichtigen positief uitwerkt in de berekening van het teveel aan vreemd vermogen.⁹¹ Overigens is het nog wel de vraag wat exact de status is van deze visie van de wetgever. Het antwoord op deze vraag is relevant, omdat hiervan afhangt of belastingplichtigen – in het bijzonder belastingplichtigen met een financial-leaseverplichting – daaraan vertrouwen kunnen ontleen. Ik ben van mening dat aan voornoemde uitslating geen in rechte te honoreren vertrouwen kan worden ontleend. De staatssecretaris heeft deze uitslatingen namelijk als wetgever gedaan en niet als uitvoerder.⁹² Mijns inziens kan aan deze uitspraak desalniettemin waarde worden gehecht. De opmerkingen van de wetgever zijn namelijk wel van belang voor de wetshistorische interpretatie.⁹³

Ten slotte merk ik op dat art. 10d niet kan worden ontweken door een lening om onzakelijke reden renteloos te laten. Zo'n renteloze lening (vergelijk bijvoorbeeld HR 31 mei 1978, BNB 1978/252; Zweedse Grootmoederarrest) kwalificeert wel als lening ex art. 10d. De lening telt derhalve mee voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een teveel aan vreemd vermogen, ervan uitgaande dat art. 10, lid 1, juncto lid 4 geen toepassing vindt. Voor toepassing van de aftrekbeperking wordt voorts de op de renteloze lening te imputeren rente in aanmerking genomen.

Een lening waarvan de rente niet ten laste van de winst mag worden gebracht, bijvoorbeeld op grond van art. 10a, kwalificeert ingevolge het zevende lid voor toepassing van art. 10d niet als geldlening, vergelijk paragraaf 7.4.3.1. In dit verband past nog wel een opmerking. Het is namelijk denkbaar dat de rente ter zake van een lening partieel niet in aftrek komt.⁹⁴ In zo'n situatie kan strikt genomen worden verdedigd dat sprake is van een lening ten aanzien waarvan rente in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de winst, ex art. 10d, lid 7. Dit zou betekenen dat een lening die voor toepassing van art. 10a voor 80% 'besmet' is, volledig meetelt als geldlening ex art. 10d. Er wordt immers rente in aanmerking genomen bij het bepalen van de winst, zij het voor slechts 20%.⁹⁵ In die situatie acht ik het evenwel redelijk

91. Vergelijk in dit verband tevens Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 111 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 22.

92. Dit zou slechts anders zijn indien er sprake is van een toezegging die medebepalend is voor de instemming door het parlement. Daarvan in casu geen sprake. Vergelijk in dit verband Bruijsten, C.; In hoeverre kan vertrouwen worden ontleend aan de wetshistorie?, WFR 2003/956.

93. Zie nader Wattel, P.J.; De juridische betekenis van uitslatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335 alsmede Bruijsten, C.; In hoeverre kan vertrouwen worden ontleend aan de wetshistorie?, WFR 2003/956.

94. Hierbij valt te denken aan een situatie ex art. 10a, waarin slechts ten dele tegenbewijs kan worden geleverd, bijvoorbeeld omdat de interne lening slechts partieel is gefinancierd met een lening die uiteindelijk afkomstig is van derden.

95. Vergelijk in dit verband tevens Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving, MBB 2003/350.

om deze lening slecht als een geldlening voor art. 10d aan te merken voor zover de lening niet besmet is voor toepassing van art. 10a (in voorgaand voorbeeld dus voor 20%).⁹⁶ Voor een partiële aftrekbeperking zoals art. 10b, lijkt zo'n benadering evenzeer gepast.⁹⁷ Art. 10b kent evenwel geen onderscheid tussen een besmet deel van de lening en een onbesmet deel. De besmetting grijpt namelijk niet aan bij de lening zelf, maar bij de vergoeding op de lening. Een onderscheid zoals hiervoor ten aanzien van een 10a-lening behoort derhalve niet tot de mogelijkheden. Een splitsing lijkt mij evenwel gewenst.⁹⁸

7.4.3.4 Enkelvoudige of meervoudige toetsing

De vraag laat zich stellen of art. 10d, lid 7 enkelvoudig moet worden bekeken, dan wel op het niveau van de debiteur en de crediteur. Brandsma gaat uit van enkelvoudige toetsing.⁹⁹ Deze benadering brengt met zich, dat een voor art. 10a kwalificerende lening bij de debiteur ingevolge art. 10d, lid 7 niet meetelt als geldlening voor toepassing van art. 10d. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d. De behandeling van de lening en rente op het niveau van de crediteur is hiervoor niet relevant. Wel kan voor de crediteur zelf art. 10d, lid 7 opgeld doen ten aanzien van een door hem verstrekte geldlening. Indien de lening namelijk kwalificeert als een hybride lening en de crediteur voorts een deelneming heeft in de debiteur, blijven ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b de ontvangen rentebaten buiten beschouwing bij het bepalen van de winst. Hiermee geldt deze vordering niet als een geldlening (voor de crediteur) voor toepassing van art. 10d.

96. Vergelijk Maatoug, H. & Boer, J.P.; *Two is a party, three is a crowd* (I), MBB 2004/49 en De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.E.b.

97. In gelijke zin Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; *Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving*, MBB 2003/350 en Albert, P.G.H.; *Renteaftrek in de Wet Vpb 1969*, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 112.

98. Bij een converteerbare obligatielening zou bijvoorbeeld de volgende ingang kunnen worden gekozen voor de splitsing. Een converteerbare obligatielening kent een vaste rente van 4%. Een niet-converteerbare (maar overigens vergelijkbare) obligatielening heeft een rente van 6%. Als niet-besmet deel zou dan kunnen worden aangemerkt $\frac{4}{6}$ deel (oftewel $\frac{2}{3}$) van de lening. Bij een lening van € 300.000 zou dit meebrengen dat € 200.000 onbesmet is en dus moet worden meegenomen voor toepassing van art. 10d, terwijl een bedrag ad € 100.000 besmet is en niet als geldlening voor art. 10d zou hebben te gelden. Voor toepassing van art. 10d, lid 1 zou voorts een verschuldigde een rente van 4% over € 300.000 in aanmerking moeten worden genomen (hetgeen overeenstemt met 6% over € 200.000).

99. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 26. Hij baseert zijn benadering op de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis '*De beperking in het zevende lid van het begrip geldleningen tot geldleningen waarvoor fiscaal rente in aanmerking wordt genomen, is behalve voor de toets aan een vaste ratio ook van belang voor de toepassing van het eerste lid (de thincap-regeling geldt dus bijvoorbeeld niet voor verschuldigde geldleningen waarop artikel 10a of artikel 10d (bedoeld zal zijn artikel 10, JvS), eerste lid, onderdeel d, van toepassing is) en voor de toepassing van het derde lid.*', NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17-18.

De hiervoor geschetste benadering acht ik de (enige) juiste. Mijns inziens dient voor art. 10d, lid 7 slechts op het niveau van de belastingplichtige naar de behandeling van de rente op de geldlening te worden gekeken. Zulks volgt uit de ratio van de regeling en is mijns inziens zeer wel verdedigbaar op basis van de tekst van art. 10d. Een andere benadering zou bovendien tot zeer onredelijk uitkomsten leiden. Hierbij valt te denken aan een situatie dat de schuldeiser is gevestigd in een tax haven en over de rentebaten geen belasting verschuldigd is. In dat verband zou het zeer onlogisch zijn om vervolgens op Nederlands niveau de verschuldigde geldlening bij de debiteur buiten aanmerking te laten bij de toepassing van art. 10d. Verder zal de debiteur niet altijd weten wie zijn crediteur is en zeker niet hoe de crediteur fiscaal wordt behandeld. Hierbij valt te denken aan een beursgenoteerde obligatielening. Omgekeerd zal de crediteur niet altijd op de hoogte zijn, hoe de rente op de door hem verstrekte lening bij de debiteur fiscaal wordt behandeld.

7.4.3.5 *Thin capitalisation in combinatie met temporisering*

Leningen waarvan renteaftrek wordt getemporeerd ex art. 14a, lid 8, art. 14b, lid 6 of art. 15ad, lid 1, worden ingevolge art. 10d, lid 7 voor toepassing van art. 10d, lid 4 aangemerkt als geldleningen. Toepassing van art. 10d gaat dus vooraf aan de toepassing van deze temporiseringsbepalingen.¹⁰⁰ Dienaangaande merkte de wetgever nog het volgende op:

'Indien een deel van de verschuldigde rente niet in aftrek komt op grond van artikel 10d en vervolgens een deel van het restant pas in een later jaar in aftrek komt krachtens artikel 15ad, wordt die "gestalde rente" niet opnieuw onderworpen aan de toets van artikel 10d. Het is namelijk niet de bedoeling dat dezelfde rente meerdere malen aan de toets van de thincapregeling wordt onderworpen'.¹⁰¹

Gelet op het voorgaande wordt getemporeerde rente slechts eenmalig aan de 10d-toets onderworpen.

7.4.4 *Eigen vermogen*

7.4.4.1 *Algemeen*

Naast de berekening van het (gemiddeld) vreemd vermogen dient voor de bepaling van de omvang van het teveel aan vreemd vermogen het (gemiddeld) eigen vermogen te worden vastgesteld. Voor de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in hoeverre er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen wordt het (gemiddelde) vreemd vermogen afgezet tegen drie maal het (gemiddelde) eigen vermogen. Het is daarom belangrijk na te gaan wat moet worden verstaan onder 'eigen vermogen'.

100. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17.

101. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 28-29.

In de toelichting op de NvW geeft de wetgever aan dat het begrip eigen vermogen zelfstandig moet worden bepaald.¹⁰² Het eigen vermogen kan dus niet worden bepaald als saldo van het balanstotaal en het vreemd vermogen. Dit komt mede voort uit de invulling van het begrip geldlening voor toepassing van het vierde lid. Er wordt immers kort samengevat slechts rekening gehouden met geldleningen waarvan de rente fiscaal in aanmerking wordt genomen en geldt er tevens een saldobenadering.

Voor de bepaling van het eigen vermogen voor de toepassing van de individuele toets wordt in eerste aanleg aansluiting gezocht bij het gebruikelijke fiscale kapitaalbegrip. Hieronder valt niet alleen formeel gestort nominaal kapitaal, maar bijvoorbeeld ook winstreserves, agio en informeel kapitaal. Ook is de jurisprudentie inzake de kwalificatie van geldverstrekkingen (vergelijk bijvoorbeeld BNB 1988/217) onverkort van toepassing. In dit verband benadruk ik dat een geldlening ex art. 10, lid 1, onderdeel d voor de toepassing van de thin-capitalisationmaatregel niet heeft te gelden als eigen vermogen.¹⁰³ In lid 4 heeft de wetgever een beperking aangebracht op het in aanmerking te nemen eigen vermogen. De fiscaal toelaatbare reserves (art. 8, juncto art. 3.53 Wet IB 2001) worden voor toepassing van art. 10d namelijk niet aangemerkt als eigen vermogen. Verder heeft de – extracomptabele – opwaarderingsreserve volgens de wetgever geen invloed op de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen voor de toepassing van art. 10d.¹⁰⁴ Ten slotte merk ik op dat ingevolge art. 10d, lid 8 het gemiddeld eigen vermogen wordt gesteld op ten minste € 1.¹⁰⁵

7.4.4.2 *Hybridiseren en omzetten in eigen vermogen*

Het teveel aan vreemd vermogen volgens de individuele toets wordt berekend door het gemiddelde vreemd vermogen af te zetten tegen drie maal het gemiddelde eigen vermogen. Dit betekent dat het teveel aan vreemd vermogen kan worden teruggebracht door het eigen vermogen te verhogen en/of het vreemd vermogen te verlagen. In voorkomende gevallen kan het voor toepassing van art. 10d voorts aantrekkelijk zijn om een lening te hybridiseren dan wel om deze om te vormen tot eigen vermogen. De hybridisering c.q. het omzetten van een schuld in eigen vermogen betekent dat de crediteur niet langer belast wordt over de rente, mits hij tevens een deelneming heeft in de debiteur. Dit betekent dat – anders dan bij toepassing van art. 10d – dubbele heffing niet aan de orde is.

Het omzetten van de vordering in een hybride lening of eigen vermogen kan consequenties hebben voor art. 13ba of art. 13bb.¹⁰⁶ Voorts hangt het antwoord op de vraag of hybridisering van een schuld aantrekkelijk is mede af van de hoogte van de

102. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

103. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18. Vergelijk in dit verband tevens paragraaf 7.4.3.2.

104. Nota navv, TK, 2004-2005, 29 686, blz. 16.

105. Hiermee wordt, zoals eerder opgemerkt, voorkomen dat bij een negatief eigen vermogen het teveel aan vreemd vermogen voor de toepassing van art. 10d, lid 1 hoger zou zijn dan het gemiddeld vreemd vermogen.

106. Indien de lening niet is afgewaardeerd (ten laste van in Nederland belastbare winst) bestaat er dienaangaande overigens geen risico.

rente op de verschillende leningen. Indien een lening met een relatief laag rentepercentage wordt gehybridiseerd, is daarmee de rente weliswaar niet aftrekbaar, maar is de rente op de andere lening met een hoger rentepercentage wel aftrekbaar omdat vanwege de hybridisering art. 10d geen toepassing vindt.¹⁰⁷ In voorkomende gevallen is het de vraag in hoeverre de rentepercentages zakelijk zijn. Leningen met een hoger risicoprofiel en een langere looptijd kennen namelijk normaliter een hoger (geëist) rendement.

7.4.4.3 *Vreemd vermogen presenteren als eigen vermogen*

In BNB 1988/217 geldt als uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm van een geldlening wordt gevolgd, behoudens drie uitzonderingssituaties. Voor toepassing van art. 10d kan het in voorkomende gevallen fiscaal aantrekkelijk zijn om vreemd vermogen te presenteren als eigen vermogen. Dit roept de vraag op of de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking fiscaal ook (in beginsel) moet worden gevolgd indien het de verstrekking van (in naam) eigen vermogen betreft.¹⁰⁸ De door de Hoge Raad in BNB 1988/217 gebruikte bewoordingen lijken wel in die richting te wijzen.¹⁰⁹ Zo goed als zeker zal de uitzondering van schijn en wezen opgeld doen. In dit verband kan worden gedacht aan een geldverstrekking die het predikaat eigen vermogen krijgt, terwijl er een vaste (niet-winstafhankelijke) vergoeding is overeengekomen, er een (soort) aflossingsschema bestaat, etc. Theoretisch is het derhalve denkbaar dat een civielrechtelijk als eigen vermogen gepresenteerde geldverstrekking in wezen kwalificeert als een lening. Een structuur waarin een geldverstrekking die in wezen kwalificeert als lening wordt gepresenteerd als eigen vermogen, levert naar verwachting derhalve geen fiscaal voordeel op.

107. Voorts dient de positie van de crediteur in ogenschouw te worden genomen.

108. Vergelijk in dit verband Bos, E.; Eigen vermogen: schijn of wezen? in Nico de Vries bundel: Veranderd belastingklimaat, Gouda Quint BV, Arnhem, 1995, blz. 31-34.

109. In BNB 1988/217 overwoog de Hoge Raad namelijk als volgt: *'Bij zijn bestreden uitspraak heeft het Hof terecht vooropgesteld dat ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een geldverstrekking door een moedervenootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalvertrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen'*.

7.4.4.4 Uitsluiten fiscale reserves ex art. 3.53 IB 2001

In art. 10d, lid 4, tweede volzin sluit de wetgever de door een vennootschap gevormde fiscaal toelaatbare reserves (art. 8 juncto art. 3.53 Wet IB 2001) expliciet uit als eigen vermogen voor toepassing art. 10d. De wetgever heeft namelijk *'ter voorkoming van onduidelijkheid (wettelijk, JvS) bepaald dat de fiscale reserves geen deel uitmaken van het fiscaal vermogen'*.¹¹⁰

Deze beperking heeft – mijns inziens terecht – in de literatuur op weinig begrip mogen rekenen.¹¹¹ Met Maatoug en Boer acht ik deze opmerking van de wetgever onbegrijpelijk. Het fiscaal eigen vermogen is nu eenmaal opgebouwd uit het zichtbaar eigen vermogen (denk aan gestort kapitaal, agio, winstreserves) en fiscaal toelaatbare reserves. De wetgever heeft het begrip eigen vermogen daarom niet verduidelijkt, maar – ongemotiveerd – ingeperkt. Brandsma wijst er op dat de achtergrond mogelijk ligt in het feit dat op de fiscaal toelaatbare reserves nog een vennootschapsbelastingclaim rust.¹¹² Met hem ben ik van mening dat dit geen rechtvaardiging kan zijn, om de fiscale reserves buiten aanmerking te laten bij het bepalen van het eigen vermogen. Een wetswijziging op dit punt acht ik gewenst.

7.4.4.5 Beïnvloeding eigen vermogen

Opwaarderingen en afwaarderingen

De bepaling van het teveel aan vreemd vermogen hangt nauw samen met de hoogte van het eigen vermogen. Voor belastingplichtigen is het daarom belangrijk om na te gaan wat een voorgenomen actie voor effect heeft op het vermogen. Duidelijke voorbeelden zijn de terugbetaling van kapitaal en het uitkeren van dividend. Deze handelingen verlagen het eigen vermogen van belastingplichtigen en zijn daarmee in potentie een risico voor toepassing van art. 10d. Ook de volgende zaken kunnen nadelige gevolgen met zich brengen voor toepassing van art. 10d: de (willekeurige) afschrijving van bedrijfsmiddelen, het afwaarderen van bedrijfsmiddelen tot lagere bedrijfswaarde, het afwaarderen van geldvorderingen¹¹³, het vormen van voorzieningen, etc.^{114, 115}

110. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

111. Vergelijk in dit verband, Maatoug, H. & Boer, J.P.; *Two is a party, three is a crowd (I)*, MBB 2004/49 en Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 49.

112. Met deze uitleg valt mijns inziens moeilijk te rijmen dat de – weliswaar extracomptabele – opwaarderingsreserve geen negatieve invloed heeft op de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen voor de toepassing van art. 10d, vergelijk Nota navv, TK, 2004-2005, 29 686, blz. 16.

113. Het afwaarderen van vorderingen werkt overigens dubbel nadelig uit. Ten eerste verlaagt de afwaardering het eigen vermogen. Daarnaast wordt – door de saldobenadering van leningen o/g en leningen u/g – tevens het vreemd vermogen verhoogd.

114. Vergelijk in dit verband De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.E.c.

115. De thans afgeschafte tijdelijke afwaarderingsfaciliteit art. 13ca leidde waarschijnlijk tot een lager vermogen, zie hiervoor nader Wijnen A.W.C.W. & Hielkema, J.G.; *Extracomptabel* →

Naast de negatieve invloed van afwaarderingen van activa op het vermogen, leidt de opwaardering van activa tot een hoger eigen vermogen. Opwaardering van activa stuit voor belastingplichtigen evenwel op twee bezwaren. Allereerst leidt opwaardering in beginsel tot belastingheffing, dan wel het verreken van verliezen. De opwaardering is daarmee in strijd met goed koopmansgebruik in het algemeen en het voorzichtigheidsbeginsel en het realisatiebeginsel in het bijzonder.¹¹⁶ In uitzonderingsgevallen is dit anders. Hierbij kan worden gedacht aan het opwaarderen van een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling. Deze stijging van het vermogen leidt – vanwege toepassing van de deelnemingsvrijstelling – niet tot belastingheffing. Mede op deze grond acht ik de herwaardering van de deelneming niet strijdig met goed koopmansgebruik.¹¹⁷

In dit verband wijs ik op de volgende overweging van de Hoge Raad in HR 14 juni 1978, BNB 1979/181: *‘dat het Hof deze (op- JvS) waardering in strijd met goed koopmansgebruik heeft geacht op grond van zijn oordeel dat een deelneming als de onderhavige (onderstreping JvS) niet boven kostprijs mag worden gewaardeerd; dat dit oordeel echter niet juist is; dat immers goed koopmansgebruik – reeds in verband met de vrijstelling welke in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is vervat voor voordelen uit hoofde van, een deelneming – zich geenszins ertegen verzet een deelneming als de onderhavige boven kostprijs te waarderen; dat ook overigens de door belanghebbende toegepaste waardering niet in strijd is met goed koopmansgebruik’.*¹¹⁸

Uit BNB 1979/181 lijken voor toepassing van art. 10d de volgende twee belangrijke zaken te kunnen worden gedestilleerd:

- opwaardering van kostprijs naar intrinsieke waarde (nettovermogenswaarde) onder de deelnemingsvrijstelling is toegestaan en niet strijdig met goed koopmansgebruik;¹¹⁹ en

—> of intracomptabel, WFR 2005/855 en naar de daar aangehaalde literatuur, in het bijzonder Brandsma, R.P.C.W.M.; Van Ielijk eendje tot mooie zwaan?: de afwaarderingsfaciliteit voor deelnemingen, FED 1997/610, De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.4.12.D.b en Bouwman, J.N. & De Jong, M.O.; Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Sdu Uitgevers BV, Den Haag, 2003, blz. 362-363.

116. In gelijke zin De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.E.c.

117. Vergelijk De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.E.c. en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 48.

118. Verder overwoog de Hoge Raad: *‘dat van een zodanig voordeel (incidenteel fiscaal voordeel, JvS) te dezen echter geen sprake is, daar de door belanghebbende toegepaste waardering van de deelneming tot gevolg heeft dat niet slechts in 1970, doch ook in volgende jaren, dotaties aan de egaliseringsreserve niet worden verhinderd door de lage boekwaarde van het vermogen; dat, nu goed koopmansgebruik toestaat om voor verschillende bedrijfsmiddelen verschillende stelsels van waardering te kiezen, dit gebruik ook geen beletsel vormt om voor het ene bedrijfsmiddel wel en voor het andere niet van stelsel te veranderen, in welk geval niet van willekeur kan worden gesproken, indien daarbij ook het verschil in fiscaal regime in aanmerking wordt genomen’.*

119. Zie voor kritiek op dit punt, Slot, G.; in zijn noot onder BNB 1979/181.

- goed koopmansgebruik staat in voorkomende gevallen toe dat voor verschillende bedrijfsmiddelen door belastingplichtige verschillende waarderingsstelsels worden gebruikt.

Hoewel de bewoordingen in dit arrest vrij helder zijn en zich mijns inziens in beginsel lenen voor bredere toepassing, past in dit verband mijns inziens nog wel een drietal kanttekeningen. In de hierboven aangehaalde passage heb ik de frase ‘als de onderhavige’ onderstreept.¹²⁰ Gelet op deze bewoordingen dient wellicht een slag om de arm te worden gehouden. Overigens is mij niet helder in hoeverre deze deelneming ‘bijzonder’ was. Mogelijk is in dit verband van betekenis dat het in casu ging om een 100%-deelneming, dat er door de deelneming een duurzaam concernverband bestond tussen de ondernemingen van belanghebbende en de deelneming en/of dat de deelneming kwalificeerde als verzekeringsmaatschappij. Ik acht deze aspecten evenwel niet relevant bij de beantwoording van de vraag hoe een deelneming mag worden gewaardeerd.

Getuige HR 23 september 1992, BNB 1993/60 is – onder omstandigheden – waardering van een deelneming op kostprijs of lagere nettovermogenswaarde niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik. Dit stelsel kan namelijk leiden tot waarderingsverschillen van de deelneming op een lager bedrag dan zowel de kostprijs als de bedrijfswaarde. Deze waardering werd door de Hoge Raad niet toegestaan. Overigens zou het volgen van zo’n stelsel voor toepassing van art. 10d nadelig kunnen zijn.

Ten slotte wijs ik op het feit dat voornoemde jurisprudentie ziet op een periode waarin de eenjaarsbezitseris gold. Het is verdedigbaar dat na afschaffing van de eenjaarsbezitseris de waardering van deelnemingen niet meer wordt geregeerd door de regels van goed koopmansgebruik.¹²¹ Goed koopmansgebruik redigeert immers de bepaling van de jaarwinst, terwijl de deelnemingsvrijstelling als objectvrijstelling uit de totaalwinst wordt geëlimineerd. Daarmee is de waardering van deelnemingen voor de jaarwinst evenmin van belang. In BNB 1979/181 was de eenjaarsbezitseris echter niet aan de orde, zodat de opwaardering onder de deelnemingsvrijstelling viel. Dit betekent mijns inziens dat BNB 1979/181 ook nu nog gelding zou moeten hebben.

Eigen vermogen in relatie tot vennootschapsbelasting

De NOB wijst er in zijn commentaar op, dat het de vraag is hoe moet worden omgegaan met het jaarresultaat voor de bepaling van het eigen vermogen van belastingplichtige. Om het fiscaal eigen vermogen te berekenen, dient de vennootschapsbelastingsschuld te worden bepaald. De omvang van deze verschuldigde vennoot-

120. Lubbers merkt op dat indien de Hoge Raad woorden ‘in een geval als het onderhavige’, voorzichtigheid moet worden betracht bij de toepassing van de geformuleerde regel op andere gevallen, Lubbers, A.O.; Belastingarresten lezen en analyseren, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2002, blz. 108-109.

121. Vergelijk Martens, W.C.M. & Snel, F.P.J.; De wetgever ‘halveert’ de brutovrijstelling ofwel het activeren van aankoopkosten van deelnemingen, WFR 2004/1729.

schapsbelasting hangt evenwel (onder meer) af van het bedrag aan niet-aftekbare rente. Zo ontstaat er een kip-en-eiverhaal. Het eigen vermogen is namelijk nog niet bekend als het jaarresultaat niet bekend is, maar het eigen vermogen inclusief jaarwinst geldt als grootheid bij het berekenen van de niet-aftekbare rente.¹²² Dit punt is ook tijdens de parlementaire behandeling aan de orde gekomen. Dienaangaande merkte de wetgever op dat het hier een probleem van rekenkundige aard betreft dat betrekkelijk eenvoudig is op te lossen en zich alleen voordoet als de aftrekbeperking van toepassing is.¹²³ Dat het probleem zich alleen voordoet als de aftrekbeperking aan de orde is, is op zichzelf wel juist, maar daarbij blijft het in die situaties wel een probleem. Ook de opmerking dat men in de praktijk toepasselijkheid van de aftrekbeperking zoveel mogelijk zal vermijden, brengt de oplossing niet dichterbij. Bovendien is onduidelijk wat is te verstaan onder de betrekkelijk eenvoudige oplossing van de wetgever. Het had mijns inziens de voorkeur verdiend als hij deze oplossing in de Nota navnv nader zou hebben kenbaar gemaakt. Dit geldt in het bijzonder nu de NOB en verschillende auteurs in de literatuur, niet in staat zijn deze betrekkelijk eenvoudige oplossing te verzinnen.¹²⁴

Het antwoord volgt wellicht uit het opstellen en oplossen van een stelsel van vergelijkingen met verschillende onbekenden. Ik acht deze oplossing overigens niet eenvoudig.

Het volgende voorbeeld dient ter illustratie.¹²⁵

- belastbare winst voor thin capitalisation: 100
- eigen vermogen voor thin capitalisation: 4
- vreemd vermogen: 20
- rente over vreemd vermogen: 2

Vergelijking 1:

verschuldigde vennootschapsbelasting (Vpb) = belastbare winst na thin cap * 29,6%

Vergelijking 2:

belastbare winst na thin cap = belastbare winst voor thin cap -/- thin cap rente

Vergelijking 3:

thin-capitalisationrente = $\frac{3 * (EV -/- verschuldigde Vpb) -/- VV}{VV} * \text{rente}$

Invullen:

Vergelijking 1:

verschuldigde vennootschapsbelasting (Vpb) = belastbare winst * 29,6%

122. Commentaar op het wetsvoorstel Nota van wijziging bij het Belastingplan 2004, Kamerstuk-nummer 29.210 – aanpassing n.a.v. Bosal-arrest, punt 2.11, www.nob.net.

123. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 31.

124. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 61 en Albert, P.G.H.; Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004, blz. 113.

125. Ik heb hierbij geabstraheerd van complicerende factoren zoals het uitgaan van gemiddelden.

Vergelijking 2:

belastbare winst = 100 -/- thin-capitalisationrente

Vergelijking 3:

$$\text{thin-capitalisationrente} = \frac{3 * (4 -/- \text{Vpb}) -/- 20}{20} * 2$$

Vergelijking 3:

$$\text{thin-capitalisationrente} = \frac{12 -/- 3 * \text{Vpb} -/- 20}{20} * 2$$

Vergelijking 3:

$$\text{thin-capitalisationrente} = \frac{-/- 8 -/- 3 * \text{Vpb}}{10}$$

Vergelijking 3 invullen in vergelijking 2

Vergelijking 2:

$$\text{belastbare winst} = 100 -/- \frac{-/- 8 -/- 3 * \text{Vpb}}{10}$$

Vergelijking 2:

$$\text{belastbare winst} = \frac{1000 + 8 + 3 * \text{Vpb}}{10}$$

Vergelijking 2:

$$\text{belastbare winst} = \frac{1008 + 3 * \text{Vpb}}{10}$$

Vergelijking 2 invullen in vergelijking 1

Vergelijking 1:

$$\text{Vpb} = \frac{1008 + 3 * \text{Vpb}}{10} * 29,6\%$$

Vergelijking 1:

$$\text{Vpb} = 29,8368 + 0,0888 * \text{Vpb}$$

Vergelijking 1:

$$0,9112 * \text{Vpb} = 29,8368$$

Vergelijking 1:

$$\text{Vpb} = 32,74451273$$

Als alternatief voor de bovenstaande ingewikkelde oplossing kan naar mijn mening beter de volgende praktische oplossing worden gekozen:

- stap 1: bepaal het gemiddeld fiscaal eigen vermogen en dus ook de post vennootschapsbelasting zonder rekening te houden met toepassing van art. 10d;
- stap 2: voer de individuele toets van art. 10d uit, op basis van het gemiddeld eigen vermogen zoals dit voortkomt uit stap 1;
- stap 3: bereken de niet-aftrekbare rente (op basis van de individuele toets);
- stap 4: corrigeer het fiscaal eigen vermogen zoals bepaald in stap 1 met de in stap 3 berekende niet-aftrekbare rente.

Op deze wijze wordt in ieder geval op een werkbare wijze een uitkomst verkregen. Indien de wetgever deze benadering voorstaat, dient hij deze mijns inziens vast te leggen in wetgeving.

7.4.4.6 Voeging in een fiscale eenheid

Voeging in een fiscale eenheid ex art. 15 van een (geacquireerde) deelneming kan leiden tot beperking van renteaftrek ingevolge art. 10d. Bij voeging vindt namelijk (fiscale) consolidatie plaats op het niveau van de moeder van de fiscale eenheid. Hierbij verschijnen de activa en passiva van de deelneming op de balans van de moeder, waarbij onderlinge rechtsverhoudingen worden geëlimineerd. Indien de kostprijs van de deelneming een bedrag aan goodwill bevat, wordt deze goodwill niet in aanmerking genomen op de fiscale balans van de moeder. Deze negatieve waardesprong leidt niet tot een aftrekbaar verlies voor de moeder vennootschap, maar leidt wel tot een lager fiscaal eigen vermogen met alle mogelijke nadelige gevolgen van dien.¹²⁶

Dit probleem is aan de orde gesteld in het NOB-commentaar op het wetsvoorstel 29 210.¹²⁷ In dat kader vraagt de NOB in het bijzonder aandacht voor reeds bestaande gevallen. In die gevallen acht ik het met de Orde gewenst, dat met de oude goodwill in het kader van de vaststelling van het fiscale eigen vermogen voor de toepassing art. 10d alsnog rekening wordt gehouden. Ontvoegen leidt namelijk niet tot het gewenste resultaat. Indien bijvoorbeeld een vennootschap in het jaar 2003 (of daarvoor) is gevoegd en deze vennootschap vervolgens in een later jaar wordt ontvoegd, wordt kort samengevat de deelneming op de balans van de moeder van de oude fiscale eenheid opgenomen exclusief goodwill.¹²⁸

De wetgever wil het goodwill-effect evenwel niet elimineren, aangezien dit art. 10d aanzienlijk zou compliceren en belanghebbenden tevens de mogelijkheid hebben terug te vallen op de groepstoets, waarbij dit effect geen rol speelt.¹²⁹ Het voorstel van de ChristenUnie om de in de aandelen van de werkmaatschappij begrepen goodwill op de fiscale balans van de gevormde fiscale eenheid op te nemen, is door de wetgever afgewezen. Dienaangaande merkte de staatssecretaris op dat dit probleem zich voordoet bij een specifieke constructie, waarbij gebruik wordt gemaakt van een overnameholding in combinatie met een fiscale eenheid. Tegen deze structuur om de Nederlandse heffingsgrondslag uit te hollen richt zich art. 15ad. In dit licht ziet de wetgever geen reden om op dit punt art. 10d aan te passen.¹³⁰

126. Voor een cijfervoorbeeld verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 50.

127. Zie punt 2.21, www.nob.net.

128. Vergelijk art. 15aj, lid 6 juncto art. 13d, lid 8.

129. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 32.

130. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17.

De argumenten van de wetgever snijden mijns inziens geen hout.¹³¹ Allereerst ben ik van mening dat belastingplichtigen een wat complexere uitwerking van art. 10d voor lief zullen nemen, indien dit voor hen leidt tot belastingbesparing. Bovendien kan het bezwaar van de wetgever worden ondervangen door de tegemoetkomende bepaling in de vorm van een tegenbewijsregeling te gieten. Belastingplichtigen kunnen er dan naar eigen inzicht en wensen al dan niet gebruik van maken. Ook het argument dat op vergelijkbare structuren art. 15ad van toepassing is, overtuigt geenszins. Door een tegemoetkomende regeling blijft art. 10d weliswaar buiten toepassing, maar dit geldt niet voor art. 15ad. Deze bepaling blijft – behoudens tegenbewijs – onverkort van toepassing. De 'constructie' zoals geschetst door de wetgever wordt daarom nog steeds met de daarvoor bedoelde methode bestreden. Het volledig schrappen van renteaftrek in dergelijke situaties geeft bovendien geen pas. In 1996 is nu juist gekozen om in die situaties verrekening toe te staan van de rente met de eigen winst van de overnemende partij. Dit dient om de financiering van de eigen overname te voorkomen, zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 6. Het definitief schrappen van rente in zo'n geval was evenwel uitdrukkelijk niet de bedoeling en zou niet behoren te geschieden als neveneffect van de invoering van art. 10d.

7.4.5 *De franchise van € 500.000*

Het bedrag aan vreemd vermogen dat de 3:1-ratio overschrijdt, wordt slechts als een teveel aan vreemd vermogen aangemerkt voor zover een franchise van € 500.000 wordt overschreden, vergelijk art. 10d, lid 4. Deze drempel is ingegeven vanuit de wens het MKB te ontzien, aangezien deze geen voordeel van Bosal hadden. Dit brengt mee dat beperking van renteaftrek alleen aan de orde komt, indien er sprake is van een substantieel teveel aan vreemd vermogen.¹³² Brandsma pleit in dit verband voor een hogere franchise. Hierbij denkt hij aan een bedrag van € 2.000.000 à € 5.000.000.¹³³ Dat hiermee de uitvoeringslast van art. 10d nog verder wordt gemitigeerd is duidelijk. Dit komt echter voort uit het feit dat minder ondernemingen (dreigen te) worden getroffen door art. 10d.

Overigens vraag ik mij af in hoeverre de franchise bij grote ondernemingen nu daadwerkelijk tot een verzwaring van de uitvoeringslast leidt, zoals Brandsma schetst. Mijns inziens kunnen de meeste grote ondernemingen prima overweg met deze kleine franchise. Daarbij merk ik op dat het door Brandsma voorgestelde systeem zeker niet eenvoudiger is. In dit systeem leidt de overschrijding van de (verhoogde)

131. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 51.

132. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 9 en 19.

133. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 62-63. Brandsma heeft het over een peanutoitzondering; bij een vreemd vermogen van € 150.000.000 levert de franchise een verruiming op van 0,33%. Dit is inderdaad een gering percentage. Overigens levert een franchise van € 2.000.000 nog maar een verruiming van 1,3% op. Bovendien lijkt de franchise vooral ook in het leven te zijn geroepen ten behoeve van het MKB, vergelijk Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 14-15 en Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 24-25.

franchise in beginsel tot het vervallen van de franchise, maar er is nog wel tussenstap, waarbij bij overschrijding tot een bepaald bedrag een lagere drempel geldt.¹³⁴ De eenvoud die uit dit alternatieve systeem voortkomt, is dat door de hogere drempel minder belastingplichtigen worden geraakt door toepassing van art. 10d en minder belastingplichtigen ook nog de groepstoets hoeven uit te voeren om te bekijken welke toets tot het gunstigste resultaat leidt. De hoogte van de drempel is overigens een politieke/budgettaire beslissing, waarover ik mij verder niet uitlaat.

7.4.6 *Enkele aandachtspunten bij de individuele toets*

In de voorgaande paragrafen is ingegaan op de werking van de individuele toets voor toepassing van art. 10d. In deze paragraaf besteed ik tot slot aandacht aan een tweetal opvallende zaken.

Balansverlenging

In art. 10d, lid 3 wordt het bedrag aan niet-aftrekbare rente gemaximeerd tot het saldo van de rente verschuldigd aan verbonden lichamen en verkregen van verbonden lichamen. Daarom lijkt het aantrekken van additioneel vreemd vermogen van derden op het eerste gezicht risicoloos. Dit is evenwel niet altijd het geval. Balansverlening kan onder omstandigheden namelijk leiden tot een verhoging van de niet-aftrekbare rente. Hierbij is het overigens relevant met welk doel de lening wordt aangegaan. Indien de lening namelijk wordt opgenomen om met deze ontvangen gelden vervolgens zelf een lening te verstrekken, brengt balansverlenging geen risico mee, vanwege de in lid 4 voorgeschreven saldering.¹³⁵ Indien de verkregen gelden worden aangewend voor de aanschaf van een actief in plaats van de verstrekking van een lening, loopt de belastingplichtige evenwel (mogelijk) in het mes van art. 10d.

Valutawijzigingen

Een ander punt van aandacht vormt de valuta waarin leningen zijn opgenomen of uitgegeven. Valutawijzigingen kunnen namelijk van invloed zijn op het antwoord op de vraag of de renteaftrekbeperking van art. 10d van toepassing is. Indien de belastingplichtige een schuld is aangegaan in een vreemde valuta, dan leidt – afgezien van toepasselijkheid van art. 7, lid 5 – een waardeinstijging van die valuta ten opzichte van de euro tot een hogere schuld in euro op balansdatum.¹³⁶ Dit kan leiden tot een (verhoging van het) teveel aan vreemd vermogen.

Onder voorwaarden kan een lagere waarde van de vreemde valuta ten opzichte van de euro tevens leiden tot een (verhoging van het) teveel aan vreemd vermogen.

134. Brandsma, R.P.C.W.M.; *Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen*, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 49.

135. Bij de berekening van de niet-aftrekbare rente ex art. 10d, lid 1 geldt evenwel geen saldering van verschuldigde en ontvangen rente.

136. Dit behoudens de situatie dat sprake is van hedging, vergelijk HR 23 januari 2004, BNB 2004/214. Zie in dit verband Snijders, J.H.P.W.; *Salderen, salderen en nog eens salderen*, Jaarwinstbepaling direct realiseerbare financiële activa en passiva, WFR 2004/1735 en Van der Linden, E.M.A. & Schmitz, J.M.A.; *Terug naar het afzonderlijke winststelsel: een reactie op het artikel van J.H.P.W. Snijders*, WFR 2005/860.

Naast de stijging van het teveel aan vreemd vermogen heeft de valutawijziging tevens gevolgen voor de hoogte van het eigen vermogen. De waardestijging van een schuld respectievelijk de waardedaling van een vordering hebben beiden immers een negatieve uitwerking op het eigen vermogen van de belastingplichtige.

7.5 De groepstoets

7.5.1 Inleiding

Indien een belastingplichtige op basis van art. 10d, lid 4 komt tot een teveel aan vreemd vermogen, staat hem nog de groepstoets ter beschikking. De belastingplichtige kan hiervoor ingevolge art. 10d, lid 5 desgewenst bij aangifte kiezen. Op de bij aangifte gemaakte keuze kan worden teruggekomen tot het moment dat de aanslag over dat jaar onherroepelijk is. De belastingplichtige kan ieder jaar opnieuw kiezen voor het al dan niet toepassen van de groepstoets. Hierbij is de belastingplichtige niet aan een 'bestendige gedragslijn' gebonden.¹³⁷

In deze alternatieve toets wordt niet uitgegaan van de 3:1-ratio, maar van de ratio op het niveau van de groepsmoeder. Voor de groepstoets moet het commerciële eigen en vreemd vermogen van de belastingplichtige worden afgezet tegen het commerciële eigen en vreemd vermogen van de groep. Gelet op het voorgaande komt onder meer de vraag op, wat wordt verstaan onder gemiddeld commercieel vreemd vermogen en gemiddeld commercieel eigen vermogen. Hierna duid ik deze begrippen nader.

7.5.2 Achtergrond groepstoets

De groepstoets fungeert als een soort tegenbewijsregeling. Indien de belastingplichtige teveel vreemd vermogen heeft op grond van de individuele toets, kan de groepstoets mogelijk uitkomst bieden. Op deze plaats merk ik nogmaals op, dat de ratio achter art. 10d voornamelijk is het tegengaan van het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag.¹³⁸ In dit kader moet ook de groepstoets worden gezien. Art. 10d is gericht tegen de overmatige financiering van Nederlandse vennootschappen met vreemd vermogen. Indien het concern waartoe de belastingplichtige behoort in een vergelijkbare of slechtere vermogenspositie verkeert dan de belastingplichtige, is van uitholling van de heffingsgrondslag geen sprake. Alsdan vindt art. 10d geen toepassing. Indien belastingplichtige 'slechter' is gefinancierd dan het concern als geheel, biedt de groepstoets in beginsel geen uitkomst.¹³⁹

In de NvW geeft de wetgever aan, dat de groepstoets als voordeel heeft dat beter wordt aangesloten bij de economische realiteit dan bij de individuele toets. In dat verband merkt hij op, dat bij toepassing van de groepstoets rekening wordt gehou-

137. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 19-20.

138. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 9.

139. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 11.

den met de financieringsverhouding die gebruikelijk is binnen de branche waarin de belastingplichtige werkzaam is.¹⁴⁰ In dit verband merk ik op dat deze opmerking alleen heeft te gelden indien de belastingplichtige en de moeder zich beide bezighouden met (respectievelijk belangen houden in) vergelijkbare activiteiten. In de situatie dat de moeder naast haar belang in (de branche van) belastingplichtige ook belangen heeft in andere branches, die een andere financieringsverhouding kennen, brengt de groepstoets lang niet altijd uitkomst.¹⁴¹

7.5.3 *Berekening niet-aftrekbare rente*

7.5.3.1 *Gemiddelden*

Evenals voor de toepassing van de individuele toets wordt voor de toepassing van de groepstoets uitgegaan van het gemiddelde vreemd en eigen vermogen. Ingevolge art. 10d, lid 8 wordt het gemiddeld vreemd vermogen (alsmede het gemiddeld eigen vermogen) bepaald naar de stand bij het begin en het einde van het jaar. Voor de bepaling van het gemiddelde commerciële eigen en vreemd vermogen heeft als toetsingstijdvak te gelden het fiscale boekjaar.¹⁴² Wat dit betreft, lopen de individuele toets en de groepstoets dus synchroon. Dit geldt ook voor het feit dat het eigen vermogen op ten minste € 1 wordt gesteld.

Het feit dat van vaste peildata wordt uitgegaan, opent ook voor de groepstoets mogelijkheden om toepassing van art. 10d te voorkomen of te mitigeren. Vergelijk in dit verband paragraaf 7.4.2. Wel vervallen door consolidatie op holdingniveau interne vorderingen en schulden. Het manipuleren van de vermogenspositie op balansdatum leidt voorts tot kosten en geeft een onrustig beeld in de jaarrekening. Dit laatste geldt in het bijzonder voor kapitaalstortingen gevolgd door kapitaalrugbetalingen en kan commercieel ongewenst zijn.

7.5.3.2 *Berekening teveel vreemd vermogen bij groepstoets*

Volgens de groepstoets is sprake van een teveel aan vreemd vermogen indien en voor zover het gemiddeld commercieel vreemd vermogen van de belastingplichtige meer bedraagt dan de groepsratio van de tophoudster maal het gemiddeld commercieel eigen vermogen van de belastingplichtige. In formulevorm ziet dit er als volgt uit:

*Teveel vreemd vermogen = gem. comm. VV bel.pl. -/- gem. comm. EV bel.pl. * groepsratio*

140. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 11.

141. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 66. Vergelijk tevens Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

142. NvW Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 210, blz. 19.

De groepsratio wordt berekend als de breuk van het gemiddeld commercieel vreemd vermogen van de tophoudster en het gemiddeld commercieel eigen vermogen van de tophoudster. Voor de toepassing van de groepstoets geldt de franchise niet. Dit volgt uit de omstandigheid dat art. 10d, lid 5 een zelfstandige omschrijving geeft van de uitdrukking 'teveel aan vreemd vermogen', waarin – anders dan in het vierde lid – de franchise van € 500.000 ontbreekt. Dit betekent dat bij € 1 teveel commercieel vreemd vermogen de sanctie van art. 10d reeds in werking treedt. In het navolgende ga ik onder meer in op de berekening van het commercieel eigen en vreemd vermogen van de belastingplichtige en de tophoudster.

7.5.4 ***Geconsolideerde versus vennootschappelijke jaarrekening van de belastingplichtige***

Geconsolideerde of enkelvoudige balans

Bij toepassing van de groepstoets zet de belastingplichtige zijn commerciële jaarrekening af tegen de commerciële jaarrekening van de tophoudster. Hierbij gaat het om de vergelijking van de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen op beide niveaus. Bij deze vergelijking wordt uitgegaan van de geconsolideerde jaarrekening van de tophoudster. De vraag rijst wat 'de jaarrekening' ex art. 10d, lid 5, tweede volzin is. Getuige de toelichting bij de NvW leek de belastingplichtige in eerste instantie enige keuzevrijheid te hebben om uit te gaan van zijn geconsolideerde, dan wel zijn enkelvoudige (vennootschappelijke) balans. In de parlementaire geschiedenis merkt de wetgever dienaangaande op dat, indien meer dan één balans als vergelijkingsmaatstaf zou kunnen dienen, de balans wordt gebruikt die ten aanzien van de vermogensverhouding de beste vergelijkingsmaatstaf vormt.¹⁴³ De wetgever geeft evenwel niet aan wat kan worden verstaan onder 'de beste vergelijkingsmaatstaf'.

Ik acht het verdedigbaar te stellen dat, indien voor de belastingplichtige ingevolge het BW een consolidatieplicht bestaat voor groepsvennootschappen, deze geconsolideerde balans de beste vergelijkingsmaatstaf vormt.¹⁴⁴ Dit brengt mee dat de in Nederland gevestigde topholding van een concern de facto niet te maken zal krijgen met de aftrekbeperking van art. 10d. Haar geconsolideerde balans zal immers (normaliter) overeenkomen met die van de groep; de geconsolideerde balans van belastingplichtige X wordt vergeleken met de geconsolideerde balans van de groepsmoeder, eveneens zijnde belastingplichtige X. Het is de vraag of de wetgever dit heeft be-

143. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 32.

144. Anders Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 80: 'De vennootschap die als groepshoofd fungeert, zal namelijk haar eigen enkelvoudig (onderstreping JvS) commercieel eigen en vreemd vermogen (eventueel op grond van art. 10d, vijfde lid, slotzin, Wet Vpb. 1969 inclusief haar gevoegde dochters en/of de vermogensbestanddelen van de samenwerkingsverbanden waarin zij participeert) moeten afzetten tegen het geconsolideerde commercieel eigen en vreemd vermogen van haarzelf als groepshoofd'.

oogd.¹⁴⁵ Ik acht het daarom eveneens verdedigbaar te stellen dat uit moet worden gegaan van de vennootschappelijke jaarrekening van de belastingplichtige.

De tekst van art. 2:361, lid 1 BW wijst er op dat onder de jaarrekening zowel de enkelvoudige als de geconsolideerde jaarrekening kan worden verstaan.¹⁴⁶

Deze bepaling luidt namelijk als volgt: '*Onder jaarrekening (onderstreping JvS) wordt verstaan: de enkelvoudige jaarrekening (onderstreping JvS) die bestaat uit de balans en de winst- en verliesrekening met de toelichting, en de geconsolideerde jaarrekening (onderstreping JvS) indien de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening opstelt*'.

Uit art. 2:361, lid 1 BW blijkt dus dat zowel de enkelvoudige als de geconsolideerde jaarrekening deel uitmaken van de jaarrekening zoals genoemd in titel 9 van Boek 2 BW. Bovenstaande tekst geldt voor jaarrekeningen die worden opgesteld over de boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari 2005.¹⁴⁷

Daarvóór luidde de tekst namelijk als volgt: '*In dit boek wordt onder jaarrekening verstaan: de balans en de winst- en verliesrekening met de toelichting*'.

Bij de invoering van art. 10d gold dus nog de oude tekst van art. 2:361 BW. Omdat afdeling 13 separate bepalingen bevat over de geconsolideerde jaarrekening, lijkt de enkelvoudige jaarrekening te kwalificeren als de jaarrekening, althans tot de wijziging van art. 2:361 BW. Ook art. 2:406, lid 1 BW (oud) wijst in die richting.

'De rechtspersoon die, alleen of samen met een andere groepsmaatschappij, aan het hoofd staat van zijn groep, neemt in de toelichting van zijn jaarrekening een geconsolideerde jaarrekening op van de eigen financiële gegevens met die van zijn dochtermaatschappijen in de groep en andere groepsmaatschappijen'.

Tegen deze uitleg pleit bijvoorbeeld art. 2:362, lid 7 BW:

145. Vergelijk De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.F.c.

146. Vergelijk ook Rj 110.101.

147. Gewijzigd voorstel van Wet, EK, 2004-2005, 29 737, blz. 2 en 11 (art. IB en art. III). Het betreft de Wet Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Verordening (EG) Nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PbEG L 243), van Richtlijn nr. 2001/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG en 86/635/EEG met betrekking tot de waarderingsregels voor de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen evenals van banken en andere financiële instellingen (Pb EG L 283), en van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen (Pb EG L 178) (Wet uitvoering IAS-verordening, IAS 39-richtlijn en moderniseringsrichtlijn).

'Indien de werkzaamheid van de rechtspersoon (...) dat rechtvaardigt, mag de jaarrekening of alleen de geconsolideerde jaarrekening (onderstreping JvS) worden opgesteld in een vreemde geldeenheid'.

Art. 2:362, lid 7 BW spreekt over de jaarrekening of alleen de geconsolideerde jaarrekening. Dit impliceert dat de geconsolideerde jaarrekening deel uitmaakt van de jaarrekening. Ook RJ 110.103 gaat ervan uit de geconsolideerde jaarrekening en de enkelvoudige jaarrekening beide deel uitmaken van de jaarrekening. :

'Elk onderdeel van de jaarrekening dient duidelijk als zodanig te worden aangeduid. De volgende informatie dient duidelijk te worden vermeld:

a. (...);

b. of de jaarrekening financiële informatie bevat van een individuele rechtspersoon dan wel een groep van maatschappijen; (...)'.

Op basis van de oude wettekst lijkt desalniettemin de enkelvoudige jaarrekening de jaarrekening te zijn. Dit kan ook worden afgeleid uit de Nota navv bij de wijziging van onder meer art. 2:361 en 2:406 BW.

Dit lijkt in ieder geval formeel de situatie: *'De situatie in Nederland, waar de geconsolideerde jaarrekening vanouds deel uitmaakt van de toelichting op de enkelvoudige jaarrekening, is een van de weinige uitzonderingen op het gebruik in de lidstaten van de Europese Unie om de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekening als twee afzonderlijke financiële overzichten te beschouwen'.*¹⁴⁸ In de praktijk is dit vaak anders en geldt de geconsolideerde jaarrekening als de jaarrekening: *'In de praktijk krijgt de geconsolideerde jaarrekening in Nederland overigens vaak een prominente plaats, voorafgaand aan de enkelvoudige jaarrekening, omdat de geconsolideerde jaarrekening wordt beschouwd als de eigenlijke financiële verantwoording van de onderneming'.*¹⁴⁹ Deze benadering uit de praktijk wordt nu ook gevolgd in de wetgeving, althans wettelijk wordt bepaald dat de enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening samen de jaarrekening vormen: *'In de nota van wijziging wordt voorgesteld de band tussen de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekening losser te maken. Dit is technisch aldus vormgegeven, dat in de definitie van artikel 2:361 BW onder jaarrekening wordt verstaan de enkelvoudige jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening. Geschrapd is de bepaling in artikel 2:406 BW dat de geconsolideerde jaarrekening in de toelichting van de enkelvoudige jaarrekening moet worden opgenomen'.*¹⁵⁰ Opvallend en belangrijk acht ik de volgende passage in de Nota navv: *'De geconsolideerde jaarrekening blijft aldus onder het begrip jaarrekening vallen. Daarmee wordt beoogd dat de regelgeving zowel binnen als buiten het Burgerlijk Wetboek die betrekking heeft op "de jaarrekening" onveranderd tevens op de geconsolideerde jaarrekening van toepassing blijft waar dat nu ook het geval is. De beoogde scheiding van enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekening dient niet meer gevolgen te hebben dan in het hierboven uiteengezette kader van belang is. Zo blijft bijvoorbeeld de term jaarrekening in de artikelen 2:101 en 210 BW zowel op de enkelvoudige als de geconsolideerde jaarrekening zien (...)'.*¹⁵¹

148. NvW, TK, 2004-2005, 29 737, blz. 5.

149. NvW, TK, 2004-2005, 29 737, blz. 5.

150. NvW, TK, 2004-2005, 29 737, blz. 6.

151. NvW, TK, 2004-2005, 29 737, blz. 6.

Met name deze laatste passage biedt naar mijn mening de mogelijkheid om ook onder de oude wetgeving de enkelvoudige en de geconsolideerde jaarrekening samen als een jaarrekening te zien: de jaarrekening. Na de wetwijziging is dit mijns inziens in ieder geval zeker het geval. Ik trek uit het bovenstaande de conclusie dat niet volledig helder is, wat 'de jaarrekening' is voor toepassing van art. 10d.

Het civiele recht biedt geen volledige duidelijkheid. Daarom is het van belang na te gaan of de wetgever in de wetsgeschiedenis van art. 10d aanwijzingen geeft welke jaarrekening voor de groepstoets als uitgangspunt geldt. Bij de vijfde Nota van Wijziging is aan art. 10d, lid 5 een derde volzin toegevoegd.¹⁵² Deze derde volzin stelt voor de toepassing van de groepstoets consolidatie verplicht op het niveau van belastingplichtige van met de belastingplichtige in een fiscale eenheid gevoegde dochters en met samenwerkingsverbanden waarin de belastingplichtige participeert. Indien dergelijke geconsolideerde gegevens niet beschikbaar zijn, moet deze consolidatie worden afgeleid uit de balans die wel beschikbaar zijn.¹⁵³ Met deze toevoeging staat mijns inziens niet vast of ook niet-gevoegde dochters moeten worden geconsolideerd voor toepassing van de groepstoets. De toelichting bij de vijfde NvW biedt in dat kader niet veel meer perspectief.

Dienaangaande merkt de wetgever namelijk op dat in deze NvW 'een verduidelijking van het wetsvoorstel (is, JvS) opgenomen met betrekking tot de maatregel inzake thin capitalisation. Hiermee wordt de goede werking van deze maatregel verzekerd in gevallen waarin het fiscale vermogen van de belastingplichtige bestaat uit vermogensbestanddelen van verschillende entiteiten'.¹⁵⁴

Uit deze toelichting blijkt dat het fiscale perspectief van de belastingplichtige mede beslissend is. Als vermogensbestanddelen van een andere entiteit fiscaal tot het vermogen van de belastingplichtige horen (denk aan de vermogensbestanddelen van een gevoegde dochtermaatschappij), dan dient deze entiteit voor toepassing van de groepstoets in ieder geval geconsolideerd te worden met belastingplichtigen. De vraag rijst of dit betekent dat dochtervennootschappen die niet in een fiscale eenheid zijn gevoegd, niet worden geconsolideerd voor de groepstoets. Met andere woorden de 'geconsolideerde' balans in de derde volzin van art. 10d, lid 5 moet worden gelezen in de zin dat de jaarrekening waaraan wordt gerefereerd in de tweede volzin de enkelvoudige balans betreft. Voor deze benadering pleit wel art. 10d, lid 6, alwaar wordt bepaald dat de groepsratio wordt bepaald aan de hand van de geconsolideerde jaarrekening. Nu in art. 10d, lid 5, derde volzin en lid 6 expliciet wordt gesproken van geconsolideerde balans, respectievelijk geconsolideerde jaarrekening,

152. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 1.

153. Deze benadering kan er in resulteren dat ingeval een belastingplichtige (als moedervennootschap) deel uitmaakt van een fiscale eenheid, er voor toepassing van de groepstoets een separate partieel geconsolideerde balans moet worden opgesteld. Immers de vennootschappelijke balans voldoet niet omdat de dochtervennootschappen aldaar staan opgenomen als deelneming, terwijl in een geconsolideerde jaarrekening ook vennootschappen kunnen zijn opgenomen die niet zijn gevoegd in een fiscale eenheid. Dit leidt dus tot aanvullende administratieve lasten.

154. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 1-2.

lijkt het logisch om voor de jaarrekening in art. 10d, lid 5, tweede volzin te lezen de 'enkelvoudige' jaarrekening. Tegen deze lezing pleit echter de volgende opmerking van de wetgever bij de toelichting op de vijfde NvW.

'Voor een juiste werking van de concerntoets is het van belang dat de gevoegde dochters en transparante participaties niet als deelneming op de geconsolideerde (onderstreping JvS) commerciële balans van de belastingplichtige verschijnen, maar dat hun vermogensbestanddelen afzonderlijk op die balans zijn verantwoord'.¹⁵⁵

Uit deze passage uit de toelichting blijkt dat de wetgever zelf uitgaat van de geconsolideerde jaarrekening als eigen jaarrekening van de belastingplichtige. Ik acht het daarom op zijn minst verdedigbaar om te stellen dat de belastingplichtige de geconsolideerde balans mag nemen als zijn eigen balans. Art. 10d, lid 5, derde volzin doet daaraan mijns inziens niet af. Ik acht het opnemen van art. 10d, lid 5, derde volzin begrijpelijk en terecht. Zonder deze bepaling zou het namelijk relatief eenvoudig zijn om beperking van de renteaftrek ingevolge art. 10d te ontlopen. Door de gevoegde dochtervennootschappen geldleningen te laten opnemen, in plaats van de belastingplichtige, worden deze schulden (bij het ontbreken van de derde volzin van lid 5) niet meegenomen voor toepassing van de groepstoets, mits wordt uitgegaan van de enkelvoudige balans van de belastingplichtige (bijvoorbeeld door het gebruik van consolidatievrijstelling ex art. 2:408 BW). Dit heeft de wetgever mijns inziens terecht niet wenselijk geacht.¹⁵⁶

Dat art. 10d, lid 5, derde volzin is gericht tegen het inspelen op bepaalde consolidatievrijstellingen valt ook af te leiden uit de volgende opmerking van de wetgever in de Eerste Kamer ten aanzien van transparante samenwerkingsverbanden: *'De activa en passiva van een fiscaal transparant samenwerkingsverband moeten voor de toepassing van artikel 10d mee worden geconsolideerd, ook in gevallen waarin dat volgens het jaarrekeningrecht niet hoeft'.¹⁵⁷*

Gelet op het voorgaande acht ik het verdedigbaar dat voor toepassing van de groepstoets de geconsolideerde commerciële jaarrekening van de belastingplichtige kwalificeert als 'de jaarrekening'. Daarmee is art. 10d praktisch gezien een vrijwel loze bepaling voor Nederlandse concerns. Tevens ontstaat het risico dat art. 10d strijdig is met EU-recht, zie nader paragraaf 7.8.2. Ik acht deze benadering daarom niet wenselijk. Het lijkt mij raadzaam om wettelijk te bepalen dat de enkelvoudige jaarrekening kwalificeert als de jaarrekening van de belastingplichtige voor toepassing van de groepstoets. Wel moet in deze nieuwe bepaling een frase worden opgenomen zoals art. 10d, lid 5, laatste volzin, teneinde misbruik te voorkomen. De vermogensbestanddelen van met de belastingplichtige gevoegde dochtermaatschappijen en transparante samenwerkingsverbanden worden dus afzonderlijk (en niet als deelneming) verantwoord op de enkelvoudige balans van de belastingplichtige.

155. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 1-2.

156. In gelijke zin De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.F.c.

157. Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

Integrale of partiële consolidatie

Voor de consolidatie van een transparant samenwerkingsverband moet in beginsel de commerciële jaarrekening worden gevolgd. Dit betekent dat als op het niveau van de tophoudster partieel wordt geconsolideerd, ook op het niveau van de belastingplichtige partieel moet worden geconsolideerd. Consolideert de tophoudster het samenwerkingsverband geheel, dan consolideert de belastingplichtige ook op die wijze.¹⁵⁸

Indien commercieel niet wordt geconsolideerd, dan dient de belastingplichtige voor toepassing van de groepstoets zelf een geconsolideerde balans op te stellen. Hierbij is niet duidelijk of er integrale dan wel partiële consolidatie moet plaatshebben. De Vries en De Vries menen dat, nu geen van beide opties is uitgesloten, het belastingplichtigen vrijstaat om een van beide opties te kiezen, mits deze keuze zowel voor de enkelvoudige commerciële balans van de belastingplichtige als voor de geconsolideerde balans van de tophoudster geldt.¹⁵⁹ De opvatting van De Vries en De Vries deel ik niet. Allereerst vraag ik mij af hoe zij de voorwaarde willen effectueren, dat consolidatiekeuze zowel voor de enkelvoudige commerciële balans van de belastingplichtige als voor de geconsolideerde balans van de tophoudster geldt. De onduidelijkheid komt namelijk alleen maar voor indien het samenwerkingsverband in de geconsolideerde balans van de tophoudster als deelneming wordt verantwoord. Dit is mijns inziens de groepsbalans waar de belastingplichtige voor toepassing van de groepstoets vanuit mag gaan. Hierop hoeven mijns inziens normaliter geen correcties plaats te vinden. Slechts de balans van de belastingplichtige dient separaat te worden opgemaakt, omdat volgens de wetgever noch de vennootschappelijke balans, noch de geconsolideerde balans een juist uitgangspunt vormt. Daarmee rijst alleen bij het opstellen van de balans van de belastingplichtige de vraag of het samenwerkingsverband partieel dan wel integraal moet worden geconsolideerd. Nu commercieel in het geheel niet wordt geconsolideerd maar een deelneming wordt opgenomen, pleit ik voor partiële consolidatie. Daarmee wordt voorkomen dat dezelfde activa en passiva bij twee (of meer) verschillende belastingplichtigen die deelnemen in hetzelfde samenwerkingsverband in aanmerking worden genomen.

7.5.5 Balans tophoudster

Voor toepassing van de groepstoets wordt de vermogensverhouding van de belastingplichtige afgezet tegen de vermogenspositie van het concern als geheel (inclusief de belastingplichtige). Hiertoe wordt uitgegaan van de op het hoogste niveau geconsolideerde feitelijk beschikbare commerciële jaarrekening.¹⁶⁰ De wetgever sluit aan bij de commerciële cijfers omdat de fiscale cijfers voor het concern als geheel niet al-

158. Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 18.

159. De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; *Cursus belastingrecht*, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.F.e.

160. 'De feitelijk beschikbare geconsolideerde commerciële jaarrekening van de groep dient hiervoor als uitgangspunt. Voor de vraag welke vennootschappen daartoe in de consolidatie dienen te worden betrokken, wordt ook aangesloten bij de consolidatie die commercieel daadwerkelijk wordt gemaakt. Men behoeft dus geen aparte consolidatie voor het concern op te stellen ten behoeve van de toepassing van deze regeling'. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 10.

tijd beschikbaar zijn.¹⁶¹ Deze jaarrekening mag ook worden gebruikt indien er vrijwillig groepsmaatschappijen zijn geconsolideerd.¹⁶² In de NvW geeft de wetgever aan dat voor de groepstoets gebruik kan worden gemaakt van jaarrekeningen die zijn opgemaakt in overeenstemming met daarvoor geldende bepalingen uit het BW of uit 'soortgelijke buitenlandse wettelijke (onderstreping JvS) regelingen' (art. 10d, lid 5, tweede volzin). Dit laatste is van belang indien de tophoudster in het buitenland is gevestigd. Als voorbeeld van dergelijke buitenlandse regelingen noemt de wetgever de US GAAP (Generally Accepted Accounting Principles).¹⁶³ De wetgever wijst nog op de situatie dat de jaarrekening van de belastingplichtige is opgesteld in overeenstemming met de wettelijke bepalingen inzake de jaarrekening uit het BW, terwijl voor de groep zowel een jaarrekening is opgemaakt in overeenstemming met het BW als een jaarrekening volgens de US GAAP. Alsdan moet volgens hem worden uitgegaan van de groepsjaarrekening die is opgemaakt in overeenstemming met het BW. Dit teneinde een zo goed mogelijke vergelijkingsmaatstaf te waarborgen.¹⁶⁴

Art. 10d, lid 6, tweede volzin wekt enige bevreemding. Aldaar is namelijk bepaald dat indien de belastingplichtige deel uitmaakt van meer dan één groep, de groep met het grootste balanstotaal als uitgangspunt wordt genomen voor de groepstoets. In de NvW merkt de wetgever dienaangaande op, dat het mogelijk is dat een belastingplichtige – beoordeeld naar commerciële maatstaven – deel uitmaakt van meer dan één groep waarvoor een geconsolideerde jaarrekening is opgemaakt.¹⁶⁵ Bij deze opmerking van de wetgever teken ik aan, dat zich in theorie deze situatie niet voor kan doen.¹⁶⁶ Het is immers niet denkbaar dat twee holdingvennootschappen beide de doorslaggevende zeggenschap hebben in de belastingplichtige.¹⁶⁷ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt overigens dat de wetgever dit uitgangspunt deelt. Hij heeft lid 6 tweede volzin evenwel opgenomen teneinde bij in de praktijk voorkomende onduidelijkheid helder te stellen welke jaarrekening moet worden gebruikt voor de groepstoets.¹⁶⁸

161. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 19-20.

162. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 19.

163. Brandsma wijst er op dat de wet expliciet spreekt van wettelijke regelingen, Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 76-77. In Nederland wordt de gedetailleerde regelgeving namelijk niet in de wet opgenomen maar vastgesteld door de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). De RJ is een particulier orgaan. Hij neemt daarom – naar ik meen terecht – aan, dat een buitenlandse geconsolideerde jaarrekening die overeenkomstig de regels van een met de RJ vergelijkbaar instituut is samengesteld eveneens kwalificeert. Op hoofdlijnen zijn de vereisten aan de geconsolideerde jaarrekening in het BW opgenomen, vergelijk art. 2:405 BW e.v. en in het bijzonder art. 2:405, lid 2 en 2:410, lid 1 BW.

164. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 19.

165. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 10 en 19.

166. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 66.

167. In RJ 214.103a is dit als volgt verwoord: 'Bij zorgvuldige toepassing van de criteria aan de hand waarvan wordt vastgesteld of sprake is van een groepsmaatschappij, kan het niet voorkomen dat een maatschappij groepsmaatschappij van meer dan een groep is. Van die maatschappij kunnen de financiële gegevens dan niet in meer dan een geconsolideerde jaarrekening worden opgenomen'.

168. Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 19.

7.5.6 *Bepaling commercieel vermogen*

7.5.6.1 *Inleiding*

Voor de toepassing van de groepstoets dienen allereerst de juiste balansen van de tophoudster en belastingplichtige te worden gevonden en/of opgesteld. Nadat dit is geschied, dienen voor zowel de belastingplichtige als voor de tophoudster het eigen vermogen en het vreemd vermogen te worden bepaald. Aan de hand van deze uitkomst kan dan vervolgens het teveel aan vreemd vermogen worden berekend. Dit betekent dat de invulling van de begrippen eigen vermogen en vreemd vermogen van belang is. In deze paragraaf ga ik nader in op de bepaling van deze begrippen. Hierbij merk ik reeds op deze plaats op dat de berekeningswijze aanzienlijk afwijkt van die van de individuele toets.

7.5.6.2 *Vennootschappelijke jaarrekening*

Anders dan bij de bepaling van het eigen vermogen voor de individuele toets, kan het commercieel eigen vermogen worden berekend als saldopost van de activa minus het vreemd vermogen.

In RJ 240.202 wordt eigen vermogen als volgt (dwingend/vet gedrukt) gedefinieerd: 'Eigen vermogen is het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al zijn vreemd vermogen'¹⁶⁹ en in gelijke zin RJ 115.102 (dwingend): 'Eigen vermogen is het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al het vreemd vermogen'.

In het BW wordt de verantwoording van het eigen vermogen met name geregeld in art. 2:373 en art. 2:378 BW, vergelijk RJ 240.201. Het eigen vermogen wordt in de volgende zeven categorieën ingedeeld, vergelijk art. 2:373 lid 1 BW:

- a. het geplaatste kapitaal;
- b. agio;
- c. herwaarderingsreserves;
- d. andere wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard;
- e. statutaire reserves;
- f. overige reserves;
- g. niet verdeelde winsten, met afzonderlijke vermelding van het resultaat na belastingen van het boekjaar, voor zover de bestemming daarvan niet in de balans is verwerkt.¹⁷⁰

169. Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005.

170. Voor een nadere beschouwing verwijs ik naar Klaassen J. & Hoogendoorn, M.N.; Externe verslaggeving, Wolters-Noordhoff BV, Groningen, 2004, blz. 201-213. Dit onderscheid is voor de groepstoets verder niet van belang; er wordt slechts gekeken naar het eigen vermogen als geheel. Voor een nadere toelichting op de verschillende posten verwijs ik voorts naar RJ 240.

Voor de enkelvoudige jaarrekening is deze uitsplitsing verplicht, zie art. 2:373, lid 1 BW.

Ten aanzien van de kwalificatie van financiële instrumenten wordt in de jaarrekening verplicht de juridische vorm gevolgd.

RJ 240.207: *'Indien een financieel instrument per balansdatum de juridische vorm van eigen vermogen heeft, dient het in de enkelvoudige jaarrekening te worden verantwoord onder het eigen vermogen. Het totaal van de financiële instrumenten die op basis van de economische realiteit als vreemd vermogen zouden worden verantwoord maar op basis van de juridische vorm per balansdatum in de enkelvoudige jaarrekening als eigen vermogen worden verantwoord, dient separaat binnen het eigen vermogen te worden gepresenteerd'.*

Een financieel instrument dat juridisch kwalificeert als eigen vermogen en economisch als vreemd vermogen wordt in de jaarrekening derhalve gekwalificeerd als eigen vermogen.

RJ 240.208: *'Indien een financieel instrument per balansdatum de juridische vorm van vreemd vermogen heeft, dient het in de enkelvoudige jaarrekening te worden verantwoord onder het vreemd vermogen'.*

Een voorbeeld van een financieel instrument dat de economische realiteit heeft van eigen vermogen maar juridisch als vreemd vermogen wordt geclassificeerd, betreft het aflossingsgedeelte van een verplicht converteerbare obligatie. Een voorbeeld van een financieel instrument dat de economische realiteit heeft van vreemd vermogen maar juridisch als eigen vermogen kwalificeert zijn cumulatief preferente aandelen.¹⁷¹

Ten slotte is het denkbaar dat een financieel instrument op basis van de economische realiteit zowel een eigenvermogenscomponent als een vreemdvermogenscomponent kent. In dat geval is de juridische vorm van het instrument per balansdatum bepalend voor de classificatie in de enkelvoudige jaarrekening, vergelijk RJ 240.209.

7.5.6.3 Commercieel eigen vermogen: geconsolideerde jaarrekening

Voor de geconsolideerde jaarrekening hoeft, anders dan voor de enkelvoudige jaarrekening, het eigen vermogen niet te worden uitgesplitst, vergelijk art. 2:411 BW. Indien een deelneming integraal wordt geconsolideerd terwijl niet alle aandelen (middellijk of onmiddellijk) in handen zijn van de tophoudster, wordt het belang van derden-aandeelhouders in de jaarrekening separaat opgenomen, vergelijk art. 2:411, lid 2 BW.¹⁷² Hierbij kwalificeert het aandeel van derden niet als eigen vermogen, maar

171. Vergelijk RJ 240.241.

172. Vergelijk tevens RJ 240.303: *'In overeenstemming met artikel 2:411 lid 2 BW komen in geval van integrale consolidatie de belangen van derden-aandeelhouders in de geconsolideerde deelnemingen afgezonderd (onderstreping JvS) van het eigen vermogen in de geconsolideerde balans tot uitdrukking. Verwezen wordt naar artikel 10, lid 2 van het Besluit modellen jaarrekening (...)'.*

wel als groepsvermogen. Alle activa en passiva verschijnen wel voor 100% op de geconsolideerde balans van de tophoudster.

Deze benadering roept de vraag op hoe hiermee moet worden omgegaan voor de groepstoets. Voor deze toets dient namelijk het eigen vermogen en het vreemd vermogen op toptniveau te worden bepaald. Dit punt is aan de orde geweest bij de parlementaire behandeling. Dienaangaande merkt de wetgever, op dat indien een 80%-participatie voor 100% in de groepsbalans is meegeconsolideerd, het vreemd vermogen van die participatie ook voor 100% op die groepsbalans wordt meegenomen. Om tot een juiste vermogensverhouding te komen, moet zijns inziens daarom in deze situatie ook het belang van derden in het eigen vermogen van die participatie in de groepstoets worden betrokken. Dit betekent dat wordt uitgegaan van het groepsvermogen; dat is het eigen vermogen van de tophoudster plus het aandeel van derden.¹⁷³ Reimers merkt dienaangaande op, dat dit standpunt van de wetgever geen steun vindt in de wettekst.¹⁷⁴ In lid 5 wordt namelijk gerefereerd aan 'eigen vermogen' en niet aan groepsvermogen. Reimers merkt het aandeel van derden daarom aan als vreemd vermogen. Gelet op het voorgaande bestaat er mijns inziens onduidelijkheid ten aanzien van de kwalificatie van het aandeel van derden. Deze problematiek laat zich vanuit een tweetal hoeken benaderen, te weten een RJ-benadering en een BW-benadering. Deze verschillende benaderingen leiden tot verschillende antwoorden.

RJ-BENADERING

Volgens de RJ vormt alles wat geen vreemd vermogen is automatisch eigen vermogen. Deze benadering kan worden gevonden in RJ 240.202.

'Eigen vermogen' is het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al zijn vreemd vermogen'.

Hoewel RJ 240.202 geldt voor de vennootschappelijke balans, zou deze benadering ook opgeld moeten doen voor de geconsolideerde balans. Uit RJ 240.202 en RJ 115.102 moet worden afgeleid dat er geen tussencategorie bestaat tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Daarmee lijkt de opvatting van Reimers in eerste aanleg correct. In RJ 115.102 wordt evenwel een post van het vreemd vermogen als volgt omschreven:

(Dwingend) 'Een post van het vreemd vermogen is een bestaande verplichting van de rechtspersoon die voortkomt uit gebeurtenissen in het verleden, waarvan de afwikkeling naar verwachting resulteert in een uitstroom uit de rechtspersoon van middelen die economische voordelen in zich bergen'. RJ 115.105 luidt als volgt (dwingend): 'Een post van het vreemd vermogen dient in de balans te worden verwerkt, wanneer het waarschijnlijk is dat de afwikkeling van een bestaande verplichting gepaard zal gaan met een uitstroom van middelen die economische voordelen in zich

173. Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, TK, blz. 20.

174. Reimers, H.K.O.; De concerntoets in de 'Bosal-wetgeving', WFR 2004/174.

*bergen en de omvang van het bedrag waartegen de afwijking zal plaatsvinden op betrouwbare wijze kan worden vastgesteld. (...).*¹⁷⁵

Het is, gelet op RJ 115.102 en RJ 115.105, mijns inziens zeer de vraag of de balanspost 'Aandeel derden' kwalificeert als vreemd vermogen. Van een verplichting van de rechtspersoon (de tophoudster of de belastingplichtige) die voortkomt uit het verleden en die naar verwachting resulteert in een uitstroom van middelen is mijns inziens namelijk geen sprake. Indien een aandeel van derden evenwel niet kwalificeert als vreemd vermogen, dan vormt het per definitie eigen vermogen. Deze uitkomst valt echter niet te rijmen met RJ 240.303, die de belangen van derden-aandeelhouders in de geconsolideerde deelnemingen afzondert van het eigen vermogen.

BW-BENADERING

In het Burgerlijk Wetboek wordt het aandeel van derden niet wettelijk gekwalificeerd als eigen of vreemd vermogen. De Nederlandse geconsolideerde jaarrekening wordt dwingend opgesteld naar een van de tien door de wetgever opgestelde modellen.¹⁷⁶ In geen van deze modellen van de geconsolideerde jaarrekening wordt een minderheidsaandeel als eigen vermogen aangemerkt. Vergelijk in dit verband ook art. 2:411, lid 2, BW.¹⁷⁷ Het minderheidsaandeel vormt een separate post. Het eigen vermogen staat hier in de modellen los van. In deze modellen wordt een minderheidsaandeel dus als een tussencategorie bestempeld; het aandeel is noch eigen vermogen, noch vreemd vermogen.

CONCLUSIE

Het voorgaande roept de vraag op welke benadering nu moet worden gekozen voor toepassing van art. 10d. Het antwoord valt mijns inziens in wezen te lezen in art. 10d, lid 6.

Aldaar is namelijk het volgende bepaald: 'De factor, bedoeld in het vijfde lid, is gelijk aan het gemiddeld vreemd vermogen gedeeld door het gemiddeld eigen vermogen, volgens de geconsolideerde jaarrekening van de groep, bedoeld in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel een soortgelijke buitenlandse wettelijke regeling (onderstreping JvS), waarvan de belastingplichtige deel uitmaakt'.

Blijkens de hiervoor door mij onderstreepte passage moet worden aangesloten bij de geconsolideerde jaarrekening van de groep. Hiervoor gelden (naar Nederlands recht) de wettelijke modellen, zie hiervoor. Dit betekent mijns inziens dat het aandeel derden **niet** meetelt als eigen vermogen en **niet** meetelt als vreemd vermogen. De ge-

175. Zie in dit verband tevens paragrafen 49 en 60 tot en met 64 van het Stramien voor de opstelling en vormgeving van jaarrekeningen, Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005.

176. Art. 2:363, lid 6 BW juncto Algemene Maatregel van Bestuur, juncto Besluit Modellen Jaarrekening (BMJ). De modellen A t/m D gelden voor de balans, de modellen E t/m J gelden voor resultatenrekening.

177. Hierin is bepaald dat het aandeel in het groepsvermogen en in het geconsolideerde resultaat dat niet de rechtspersoon toekomt, wordt vermeld.

consolideerde balans geeft de vermogenspositie weer gezien vanuit het perspectief van de groep; 'minderheidsbelang' of 'aandeel derden' is daarin een vermogenscomponent die wel het economisch karakter van eigen vermogen heeft, maar niet eigendom is van de groep.¹⁷⁸

Gelet op de ratio van art. 10d acht ik de benadering die de wetgever heeft geschetst tijdens de parlementaire behandeling juist.¹⁷⁹ Deze kan mijns inziens met enige goede wil tevens worden gelezen in de RJ. Hiertoe dient 'afzonderen' in RJ 240.303 te worden begrepen als een separate weergave (als eigen vermogen) naast het reguliere eigen vermogen, samen groepsvermogen. Door de consolidatie acht ik deze benadering het meest juist en acht ik het wenselijk dat deze benadering wordt gevolgd voor toepassing van art. 10d.

7.5.6.4 *Commercieel eigen vermogen: waardering en beïnvloeding eigen vermogen*

WAARDERINGSGRONDSLAGEN

De hoogte van het eigen vermogen van een vennootschap hangt mede af van de gekozen waarderingsgrondslagen. Getuige art. 2:384, lid 1 BW staan als grondslag voor waardering van activa en passiva en voor de bepaling van het resultaat de verkrijgings- of vervaardigingsprijs open. Voor materiële en financiële vaste activa en voorraden kan tevens worden gewaardeerd op actuele waarde. Ingevolge art. 2:387, lid 2 worden vlottende activa gewaardeerd tegen marktwaarde, indien deze op balansdatum lager is dan de verkrijgings- of vervaardigingsprijs.¹⁸⁰ Bij activa en passiva waar geen sprake is van een hoeveelheid en een prijs zoals normaliter het geval is voor vorderingen en schulden, geldt in het algemeen voor de waardering van deze posten het nominale bedrag als uitgangspunt, vergelijk RJ 120.102-103.

Uit paragraaf 101 van het Stramien voor de opstelling en vormgeving van jaarrekeningen blijkt dat de waardering op basis van historische kostprijs bij de opstelling van jaarrekeningen door ondernemingen in het algemeen het meest wordt gekozen. Deze waarderingsmethode wordt veelal gecombineerd met andere waarderingsgrondslagen. Zo worden voorraden doorgaans opgenomen voor de laagste van kostprijs of netto-opbrengstwaarde, courante effecten kunnen worden opgenomen tegen beurswaarde en pensioenverplichtingen tegen hun contante waarde. Tevens wordt door ondernemingen wel de methode van de actuele kostprijs gebruikt.

178. Zie in dit verband tevens Brandsma, die de opvatting van Reimers onderschrijft en meent dat een wetswijziging noodzakelijk is, Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 78

179. Vergelijk De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.F.b.

180. Onder verkrijgingsprijs wordt verstaan de prijs waartegen een actief is verworven plus de bijkomende kosten, zie art. 2:388, lid 1 BW. Voor een nader invulling van de hier genoemde waarderingsgrondslagen verwijs ik naar RJ 120.202.

HERWAARDERING

Volgens het Besluit waardering activa komt als actuele waarde in aanmerking de vervangingswaarde, bedrijfswaarde of opbrengstwaarde.¹⁸¹ RJ 240.407 schrijft dwingend voor dat bij toepassing van actuele waarde de herwaardering van het desbetreffende actief niet als resultaat dient te worden verantwoord. Een herwaardering wordt in zo'n situatie rechtstreeks in het eigen vermogen verwerkt.¹⁸²

Omdat de herwaardering van activa in beginsel direct via het eigen vermogen van een vennootschap loopt, leidt een positieve herwaardering tot een hoger eigen vermogen. Dit hogere eigen vermogen is voor de belastingplichtige gunstig bij het toepassen van de groepstoets.¹⁸³ Het zou volgens Brandsma daarom voor de hand hebben gelegen om zo'n commerciële reserve uit te sluiten voor de bepaling van het eigen vermogen voor toepassing van de groepstoets. Indien de tophoudster een vergelijkbare waarderingsstelsel volgt als de deelneming, wordt dit voordeel wel gemitigeerd. Immers de verhouding EV:VV wordt dan ook op toptniveau 'beter'; dat wil zeggen, de hoeveelheid eigen vermogen stijgt ten opzichte van de hoeveelheid vreemd vermogen. Voorts merk ik op dat de jaarrekening ingevolge art. 2: 362, lid 2 BW een zekere stelselmatigheid vereist.¹⁸⁴ Dit vereiste van stelselmatigheid houdt in, dat voor naar aard en gebruik gelijksoortige activa of activiteiten dezelfde grondslagen en regels dienen te worden toegepast, zie RJ 140.202 (dwingend).¹⁸⁵ Daarmee kunnen waardedalingen het commercieel eigen vermogen van belastingplichtigen verlagen. Bovendien dient op grond van RJ 140.202 een eenmaal gekozen stelsel te worden gehandhaafd, behoudens bijzondere omstandigheden.¹⁸⁶ Verder leidt het

181. Zie RJ 120.203. In deze richtlijn worden deze waarderingsgrondslagen nader geduid.

182. Vergelijk tevens RJ 120.406. Slechts in de volgende drie uitzonderingssituaties dient een herwaardering in de winst- en verliesrekening te worden verwerkt (RJ 240.407):

- de herwaardering betreft een afwaardering, indien en voorzover een negatief bedrag van de herwaardering ontstaat; of
- de positieve herwaardering betreft de terugnemering van een afwaardering, die eerder als last in de winst- en verliesrekening is verwerkt, voorzover de boekwaarde van het actief voor de terugnemering onder de boekwaarde ligt die zou zijn bepaald indien eerder geen afwaardering zou zijn verantwoord;
- de wet of de Richtlijnen staan verwerking in de winst- en verliesrekening toe, indien en voorzover de rechtspersoon die verwerkingswijze volgt.

183. Voor een cijfervoorbeeld verwijs ik naar Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 68-69.

184. Anders Maatoug, H. & Boer, J.P.; Two is a party, three is a crowd (I), MBB 2004/49, die menen dat nergens uit valt af te leiden dat belastingplichtigen zijn gebonden aan een bestendige gedragslijn, zodat telkens op jaarbasis kan worden ingeschat welke consolidatietechniek en welk jaarrekeningenrecht het meeste voordeel oplevert.

185. In RJ 140.204 is dienaangaande nog het volgende opgemerkt: *'De keuze voor een stelsel zal gewoonlijk de grondslagen en regels voor het opstellen van de jaarrekening voor langere tijd vastleggen. Het ligt daarom voor de hand de plannen en verwachtingen voor de toekomstige ontwikkelingen bij de stelselkeuze te betrekken, opdat het stelsel voor een langere periode toereikend zal zijn'*.

186. Deze bijzondere omstandigheden zijn weergegeven in RJ 140.205-206. Een stelselwijziging is, kort samengevat, verplicht indien de wet dat vereist, indien dat door deze Richtlijnen wordt verlangd of indien de wijziging leidt tot een belangrijke verbetering van het inzicht dat de jaarrekening geeft.

voorstel van Brandsma om reserves zoals een herwaarderingsreserve niet mee te nemen bij de berekening van het gemiddeld eigen vermogen van de belastingplichtige, en waarschijnlijk evenmin bij de tophoudster, tot additionele administratieve lasten. Voor de vennootschappelijke balans is dit, gelet op art. 2: 373, lid 1 BW, geen noemenswaardig probleem. Het eigen vermogen wordt immers verplicht gesplitst in zeven posten, waaronder de herwaarderingsreserve. Voor de geconsolideerde balans is dit anders, in ieder geval volgens Nederlands jaarrekeningenrecht. Art. 2:411 BW bepaalt namelijk dat in de geconsolideerde jaarrekening het eigen vermogen niet hoeft te worden uitgesplitst. Dit betekent dat niet direct duidelijk is welk deel van het eigen vermogen moet worden geëlimineerd voor toepassing van de groepstoets.

Alles overwegende acht ik de benadering die door de wetgever is gekozen daarom juist. Ik ben namelijk van mening dat het jaarrekeningenrecht naar verwachting een voldoende dam opwerpt tegen fiscaal geïnspireerde stelselwijzigingen, voor zover de fiscaliteit dergelijke stelselwijzigingen al zou uitlokken.

7.5.6.5 *Commercieel vreemd vermogen*

Voor toepassing van de groepstoets geldt een geheel andere definitie van vreemd vermogen dan voor toepassing van de individuele toets. Het gemiddeld vreemd vermogen wordt namelijk ontleend aan de commerciële jaarrekening. Voor toepassing van de groepstoets is art. 10d, lid 7 derhalve niet van belang. Dit betekent onder meer, dat het voor het in aanmerking nemen van een passiefpost als vreemd vermogen niet van belang is of een rentelast in aanmerking wordt genomen. Een belangrijk verschil tussen de groepstoets en de individuele toets is voorts dat voor de groepstoets Vorderingen en schulden in beginsel niet worden gesaldeerd, terwijl dit voor de individuele toets wel het geval is. Als reden voor dit verschil voert de wetgever aan dat de groepstoets zodanig is vormgegeven dat kan worden aangesloten bij de verhouding tussen het eigen en het vreemd vermogen volgens de commerciële balans van de belastingplichtige en de groep. Hij voegt daaraan toe, dat dit uitgangspunt is gekozen ter wille van de uitvoerbaarheid van de regeling.¹⁸⁷ Dit moge zo zijn, ik acht denkbaar dat in voorkomende gevallen belastingplichtigen – ondanks eventuele administratieve lasten – graag de moeite zouden willen nemen het vreemd vermogen te salderen met vorderingen op de actiefzijde.¹⁸⁸ Mijns inziens leidt dit niet tot onoverkomelijke problemen. Naar Nederlands jaarrekeningenrecht dienen zowel de financiële vaste activa als de tot de vlottende activa horende vorderingen als de liquide middelen te

187. Nota navnv, TK 2003-2004, 29 210, blz. 29.

188. Het is niet mogelijk het salderingsverbod van de wetgever te omzeilen door reeds in de commerciële jaarrekening te salderen. Art. 2:363, lid 2 BW verbiedt namelijk onder meer het salderen van activa en passiva indien zij ingevolge titel 9 van Boek 2 BW in afzonderlijke posten moeten worden opgenomen. Zie tevens RJ 115.301. Overigens wordt saldering in RJ 115.305 juist dwingend voorgeschreven indien:

- de rechtspersoon beschikt over een deugdelijk juridisch instrument om het actief en de post van het vreemd vermogen gesaldeerd en simultaan af te wikkelen; en
- de rechtspersoon het stellige voornemen heeft het saldo als zodanig of beide posten simultaan af te wikkelen.

worden uitgesplitst.¹⁸⁹ Indien in het land van de groepsmoeder vergelijkbare eisen gelden, dan zou ook bij een buitenlandse groep saldering mijns inziens geen noemenswaardige problemen met zich brengen. Indien zowel op het niveau van de belastingplichtige als op het niveau van de groep wordt gesaldeerd – hetgeen ik het meest logisch acht – kan het effect relatief gering zijn.¹⁹⁰ Nu wettelijk bepaald is dat moet worden uitgegaan van het commerciële vreemd vermogen, komt saldering echter niet aan de orde. Dit betekent dat moet worden aangesloten bij het vreemd vermogen zoals dit is weergegeven op de (creditzijde van de) commerciële balans.

Het is van belang na te gaan wat wordt verstaan onder commercieel vreemd vermogen.

Paragraaf 48, sub b, Stramien voor de opstelling en vormgeving van jaarrekeningen definieert vreemd vermogen als volgt:¹⁹¹ *Vreemd vermogen betreft bestaande verplichtingen van de onderneming die voortkomen uit gebeurtenissen in het verleden, waarvan de afwijking naar verwachting resulteert in een uitstroom uit de onderneming van middelen die economische voordelen in zich bergen*.

In de paragrafen 60 tot en met 64 van het Stramien wordt het begrip vreemd vermogen nader geduid. Voorts gaan RJ 252 tot en met 258 nader in op de onderscheidelijke posten van het vreemd vermogen, te weten:

- voorzieningen (RJ 252)¹⁹²;
- langlopende schulden (RJ 254);
- kortlopende schulden (RJ 256); en
- overlopende passiva (RJ 258).¹⁹³

189. Zie art. 2:367, 370 en 372 BW.

190. Vergelijk in dit verband de opmerking van de wetgever over het niet buiten aanmerking laten van voorzieningen, Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 31: *'Bovendien gaat het bij de groepstoets om vergelijking van de kapitalisatie van belastingplichtige met die van de groep als geheel, zodat een toename van het vreemde vermogen op het niveau van de belastingplichtige zich ook op het niveau van de groep zal voordoen'*.

191. Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005.

192. De NOB heeft in punt 2.16 van zijn commentaar dienaangaande voorgesteld om voor de toepassing van de groepstoets niet het totale vreemd vermogen maar slechts het totaal van de schulden (ex art. 2:375 BW) in aanmerking te nemen (zie ook hiervoor) NOB-commentaar d.d. 20 oktober 2003 op wetsvoorstel Nota van wijziging bij het Belastingplan 2004, Kamerstuknummer 29.210 – aanpassing n.a.v. Bosal-arrest, punt 2.23, www.nob.net. Voorzieningen (ex art. 2:374 BW) zouden daarmee buiten beschouwing worden gelaten. Dit voorstel heeft de wetgever niet gevolgd aangezien een dergelijke benadering afbreuk zou doen aan de uitvoerbaarheid van de regeling, omdat deze in de praktijk ook moet worden toegepast op balansen die zijn opge maakt volgens buitenlandse verslaggevingsregels. Het maken van onderscheid tussen verschillende categorieën vreemd vermogen kan dan een extra complicatie opleveren. Bovendien is het effect twijfelachtig omdat een toename/afname van het vreemd vermogen op het niveau van de belastingplichtige zich ook op het niveau van de groep zal voordoen, vergelijk Nota navnv, TK 2003-2004, 29 210, blz. 31.

193. Voor een nader invulling van het begrip 'vreemd vermogen' verwijs ik daarom naar deze RJ's en naar Klaassen J. & Hoogendoorn, M.N.; Externe verslaggeving, Wolters-Noordhoff BV, Groningen, 2004, blz. 179-200.

Daarmee is – zeker in binnenlandse verhoudingen – in de regel helder wat moet worden verstaan onder vreemd vermogen voor toepassing van de groepstoets. Voor situaties waarin de tophoudster in het buitenland is gevestigd, ontstaan in de regel evenmin veel problemen. Internationaal is namelijk een trend waarneembaar waarin de verschillende richtlijnen en voorschriften voor het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening convergeren.¹⁹⁴

7.5.7 IAS/IFRS

7.5.7.1 IAS/IFRS algemeen

IFRS (ook wel IAS) is een standaard die ziet op de verwerking, waardering, presentatie en toelichting van posten in de geconsolideerde jaarrekening. IFRS beoogt algemeen aanvaardbare maatstaven in te voeren voor het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening van beursgenoteerde ondernemingen in (thans) de EU, Noord-Amerika, Japan en Australië.¹⁹⁵ De IAS wordt opgesteld door de International Accounting Standards Board (IASB).¹⁹⁶ In Nederland worden vergelijkbare richtlijnen opgesteld door de RJ, zie ook vorige paragrafen. Deze RJ-richtlijnen zijn voor een belangrijk deel gebaseerd op de IAS. Op bepaalde punten wijken de Nederlandse richtlijnen af van IAS/IFRS. Naar verwachting zal de RJ zijn richtlijnen op termijn in overeenstemming brengen met IAS, voor zover er geen strijd ontstaat met Boek 2 BW, titel 9.

Binnen de EU bestaat voor beursgenoteerde ondernemingen voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2005 de verplichting om de geconsolideerde jaarrekening op te stellen conform IFRS.^{197, 198} Deze verplichting komt voort uit een (direct werkende) verordening en volgt daarom niet primair uit het Nederlandse jaarrekenin-

194. Vergelijk in dit verband onder meer IAS (International Accounting Standards) / IFRS (International Financial Reporting Standards). In de volgende paragraaf ga ik kort in op deze standaard.

195. Overigens wordt beoogd om IFRS om op termijn ook van toepassing te verklaren op niet-beursgenoteerde ondernemingen en om IFRS wereldwijd toepassing te laten vinden.

196. Deze IASB vormt een onderdeel van de International Accounting Standards Committee Foundation.

197. Verordening 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, L 243/1. Naast deze Verordening zijn in dit verband ook nog de volgende EG-richtlijnen van belang:

- nr. 2001/65/EG van 27 september 2001 (IAS 39-richtlijn); en
- nr. 2003/51/EG van 18 juni 2003 (moderniseringsrichtlijn).

198. De verplichting geldt voor alle vennootschappen die effecten hebben die zijn genoteerd aan een gereguleerde markt in Europa. De Verordening geldt dus ook voor vennootschappen met alleen beursgenoteerde schuldtitels. Naast deze verplichting voor beursgenoteerde vennootschappen kent de Verordening eveneens een aantal keuzemogelijkheden. Deze dienen door de nationale wetgever nader ingevuld te worden. Voor een nadere invulling van deze keuzemogelijkheden alsmede een beschrijving van het wetgevingsproces verwijs ik naar Backhuijs, J.; Bosman, R. & James, N.; Status en onduidelijkheden ten aanzien van de invoering van IFRS in Europa, www.nivra.nl.

genrecht, in het bijzonder Boek 2 BW, titel 9.¹⁹⁹ Kampschöer werpt in dit verband de vraag op of een in overeenstemming met IFRS opgemaakte jaarrekening wel kan worden aangemerkt als een volgens de bepalingen van Boek 2, titel 9, BW (of soortgelijke buitenlandse) opgemaakte jaarrekening. Strikt genomen moet deze vraag ontkennend worden beantwoord, maar dit zal naar verwachting feitelijk niet tot problemen leiden gelet op de voorgenomen aanpassing van Boek 2, titel 9, BW.²⁰⁰

Verordening 1606/2002 betekent niet dat in de EU, en daarmee in Nederland, zonder meer IFRS zoals opgesteld door de IASB wordt gevolgd. De IASB is namelijk een particuliere organisatie waarin de EU geen (doorslaggevende) zeggenschap heeft. De Europese Commissie beslist uiteindelijk of een bepaalde standaard ook gelding krijgt voor de EU.^{201, 202}

7.5.7.2 *Gevolgen IFRS voor thin-capitalisationwetgeving*

Bij toepassing van de groepstoets van art. 10d, kan IFRS van belang kan zijn. De groepsratio wordt immers bepaald door het gemiddelde commerciële vreemd vermogen van de tophoudster af te zetten tegen het gemiddelde commerciële eigen vermogen. Zoals ik in de vorige paragraaf aangaf, dienen beursgenoteerde vennootschappen ingevolge Verordening 1606/2002 hun geconsolideerde jaarrekening in lijn met IFRS vast te stellen. Indien eveneens de enkelvoudige jaarrekening van een belastingplichtige conform IFRS wordt opgesteld, heeft IFRS evident ook invloed op het gemiddelde eigen vermogen en het gemiddelde vreemd vermogen van de belastingplichtige.²⁰³

199. Zie Kampschöer, G.W.J.M.; IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip: 'Who is afraid of IFRS?', WFR 2004/1228.

200. Wetsvoorstel 29 737. Het initiële wetsvoorstel is opgenomen in Wetsvoorstel, TK, 2003-2004, 29 737, blz. 1-11. Zie voor opmerkingen bij en kritiek op dit wetsvoorstel de brief van 3 februari 2005 van NIVRA en NOvAA aan de leden van de Vaste Commissie voor Justitie en de Tweede Kamer der Staten-Generaal, www.nivra.nl.

201. Een en ander is geregeld in art. 3 en 6 Verordening 1606/2002, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, L 243/1. Ter illustratie wijs ik op de verordening (EG) nr. 2086/2004 van de commissie van 19 november 2004 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1725/2003 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad met het oog op de invoering van IAS 39, Publicatieblad van de Europese Unie L 363/1.

202. De Europese Commissie wordt hierin ondersteund door de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), zijnde een commissie van deskundigen, en de Accounting Regulatory Committee (ARC), een politieke commissie met vertegenwoordigers uit de verschillende lidstaten.

203. Wet Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Verordening (EG) Nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PbEG L 243), van Richtlijn nr. 2001/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG en 86/635/EEG met betrekking tot de waarderingsregels voor de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen evenals van banken en andere financiële instellingen (Pb EG L 283), en van Richtlijn 2003/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG, 83/349/EEG, 86/635/EEG en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de →

De invoering van IFRS heeft invloed op de kwalificatie, presentatie en waardering van activa en passiva. De op grond van IFRS opgestelde (geconsolideerde) jaarrekening, zal voor toepassing van de groepstoets worden gevolgd. In zoverre is er met ingang van 1 januari 2005 niets veranderd, in de zin dat de opgestelde jaarrekening voor deze toets leidend is. Dat thans andere uitgangspunten gelden voor kwalificatie en waardering, e.d. geldt voor de groepstoets als een gegeven. De invoering van IFRS kan met zich brengen dat de groepstoets tot minder beperking van renteaftrek leidt, ingevolge de gewijzigde kwalificatie en waardering, etc. Het omgekeerde kan zich eveneens voordoen. Ter illustratie wijs ik op de volgende verschillen tussen Dutch GAAP en IFRS.²⁰⁴

Zo kan zich bijvoorbeeld een verschil voordoen ten aanzien van preferente aandelen. Deze werden onder Dutch GAAP/RJ normaliter aangemerkt als eigen vermogen.²⁰⁵ Onder IFRS worden bepaalde soorten preferente aandelen daarentegen niet aangemerkt als eigen vermogen, maar als vreemd vermogen. Als criterium heeft namelijk (mede) te gelden of een bepaald financieel instrument – i.c. een preferent aandeel – recht geeft op een bepaald (vast percentage) dividend, zonder dat de onderneming uitdeling/betaling kan tegenhouden. Er is dan sprake van een verplichting (liability) en niet van eigen vermogen (equity).²⁰⁶ Het niet als eigen maar als vreemd vermogen kwalificeren van de uitstaande preferente aandelen brengt met zich, dat de desbetreffende vennootschap onder IFRS 'schever' is gefinancierd dan onder Dutch GAAP. Dit kan derhalve voordelig zijn voor toepassing van de groepstoets indien de preferente aandelen zijn uitgegeven door de groepsmoeder.

Een ander belangrijk aspect van IFRS komt voort uit IAS 36. Deze standaard ziet op de bijzondere waardevermindering van activa (impairment test).²⁰⁷ Doordat onder IFRS ingevolge IAS 36 naar verwachting eerder tot impairment zal worden overgegaan, betekent dit dat het eigen vermogen van een vennootschap meer zal fluctue-

→ geconsolideerde jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, banken en andere financiële instellingen, en verzekeringsondernemingen (Pb EG L 178) (Wet uitvoering IAS-verordening, IAS 39-richtlijn en moderniseringsrichtlijn), TK, 2004-2005, 29 737, blz. 5: 'Bij het opstellen van het wetsvoorstel is het uitgangspunt geweest dat beursgenoteerde vennootschappen op grond van de IAS-verordening de geconsolideerde jaarrekening volgens de IAS/IFRS moeten opstellen (en dat andere vennootschappen dat mogen), maar dat die vennootschappen de vrijheid houden de enkelvoudige jaarrekening volgens titel 9 van boek 2 BW op te stellen'.

204. Met onderstaande voorbeelden probeer ik geenszins een limitatief overzicht te geven van de tussen IFRS en Dutch GAAP bestaande verschillen.

205. Vergelijk RJ 240.241.

206. Zie IAS 32, alinea 17. Zie voorts Verordening (EG) Nr. 2237/2004 van de commissie van 29 december 2004 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1725/2003 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad met het oog op de invoering van IAS 32 en IFRIC 1, Publicatieblad van de Europese Unie, L 393/1 en de toepassingsleidraad IAS 32, L 392/29 onder TL26.

207. Overigens zijn de verschillen tussen IAS 36 en Dutch GAAP relatief beperkt. Wel brengt IAS 36 met zich dat de controlerend accountant meer dan voorheen zelf dient vast te stellen of er indicaties zijn om tot afwaardering/impairment over te gaan.

ren. Dit kan bij neerwaartse bewegingen op topniveau voordelige gevolgen hebben bij toepassing van de groepstoets.

Uit het voorgaande blijkt dat een bepaalde wijziging van Dutch GAAP naar IFRS gunstig kan zijn voor toepassing van art. 10d, lid 5. Indien de belastingplichtige zelf ook zijn jaarrekening opstelt conform IFRS, kan dit voordeel beperkt zijn indien die balans een beweging laat zien die overeenstemt met de beweging op topniveau. Voorts kan IFRS ook nadelig zijn voor de groepstoets, indien deze op het niveau van de top-houdster leidt tot meer eigen vermogen, dan wel op het niveau van belastingplichtige leidt tot meer vreemd vermogen. Een algemene uitspraak over de vraag of de invoering van IFRS gunstig is voor toepassing van de groepstoets kan mijns inziens daarom niet worden gedaan. Wel verdient het voor toepassing van de groepstoets mijns inziens de voorkeur om de balans van de belastingplichtige (zie paragraaf 7.5.4) en de balans van de groep volgens gelijke methodieken te bepalen. Indien de geconsolideerde balans van de groep is opgesteld volgens IFRS respectievelijk US GAAP, dan verdient het mijn voorkeur dat de balans van de belastingplichtige ook wordt bepaald conform IFRS respectievelijk US GAAP. Hiermee wordt voorkomen dat appels met peren worden vergeleken.

7.6 Voorkoming dubbele belasting

7.6.1 Algemeen

In art. 10d, lid 9, 10 en 11 zijn bepalingen opgenomen die de samenloop regelen tussen de thin-capitalisationbepaling en voorschriften ter voorkoming van dubbele belasting. Zonder deze bepalingen bestaat namelijk de mogelijkheid om door toepassing van art. 10d bij de vaststelling van de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van de winst van een vaste inrichting een (te) hoge voorkoming te claimen. Dit heeft de wetgever niet wenselijk geacht en hij heeft daarom flankerende bepalingen in de wet opgenomen. In de wetsgeschiedenis is slechts aandacht besteed aan de vrijstelling voor het resultaat van een vaste inrichting.²⁰⁸ Gelet op de wettekst ben ik evenwel van mening dat deze leden evenzeer van toepassing zijn op de gevallen waarin een verrekening van buitenlandse bronheffingen wordt toegepast. Hierna ga ik met name in op de voorkoming van dubbele belasting bij vaste inrichtingen.²⁰⁹

208. 'Het negende, tiende en elfde lid zien op de toepassing van de thincapregeling bij de berekening van de winst van een buitenlandse vaste inrichting, waarvoor voorkoming van dubbele belasting wordt gevraagd (hierna: de voorkomingswinst). Als uitgangspunt geldt dat de thincapregeling zelfstandig wordt toegepast op buitenlandse vaste inrichtingen', NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

209. Voor een uitgebreidere behandeling met rekenvoorbeelden verwijs ik naar Kavelaars, P. & Van den Kommer, L.P.; Thincapregeling en vaste inrichting matchen niet altijd, WFR 2006/67.

7.6.2 *Maximering voorkoming*

De winst van een buitenlandse vaste inrichting dient te worden berekend volgens de Nederlandse voorschriften.²¹⁰ Dit brengt mee dat art. 10d eveneens moet worden toegepast. Deze vaststelling leidt tot het volgende door de wetgever ongewenste effect.^{211, 212} Aan de hand van de verhouding tussen het (gemiddelde) vreemd en het (gemiddelde) eigen vermogen van de vaste inrichting wordt bepaald in hoeverre er bij de berekening van de voorkomingswinst rente van aftrek wordt uitgesloten.²¹³ Voor de berekening van de voorkomingswinst is het voor de belastingplichtige (vanuit Nederlands fiscaal perspectief) aantrekkelijk wanneer zo veel mogelijk rente in aftrek wordt beperkt. Beperking van renteaftrek leidt immers tot een hogere voorkomingswinst en daarmee tot een lager bedrag aan te betalen belasting.²¹⁴ Deze uitkomst acht de wetgever niet gewenst. Hij heeft daarom in art. 10d, lid 10 bepaald welk deel van de rente maximaal van aftrek kan worden uitgesloten bij de berekening van de voorkomingswinst. Hij heeft dit 'plafond' gesteld op de rente die daadwerkelijk effectief van aftrek wordt uitgesloten bij de berekening van de totale belastbare winst.²¹⁵

Art. 10d, lid 10 bepaalt dat bij de berekening van de voorkomingswinst geen hoger bedrag aan 10d-rente in aanmerking mag worden genomen dan de 10d-rente op het niveau van de belastingplichtige. Indien het land waar de vaste inrichting is gevestigd een met Nederland vergelijkbaar systeem heeft, ontstaat evenwel mogelijk een discrepantie. Nederland stelt bij de berekening van de voorkoming namelijk mogelijk een lager bedrag niet-aftrekbaar dan feitelijk niet aftrekbaar is in het land van de vaste inrichting.

210. Wel dient acht te worden geslagen op de wijze waarop de omrekening naar de euro dient plaats te vinden. Vergelijk in dat kader HR 4 mei 1960, BNB 1960/163 (een van de Roepiah-arresten) en, van recentere datum, HR 5 december 2003, BNB 2004/139 (inzake de Braziliaanse cruzeiro).
211. Art. 10d geldt ingevolge art. 18, lid 1 voorts voor buitenlandse belastingplichtigen, vergelijk Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 33. De positie van een buitenlands belastingplichtige ten aanzien van art. 10d valt buiten het bestek van dit onderzoek. In dit kader verwijs ik naar Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 111-114.
212. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20-21.
213. Overigens heeft voor bepaling van de buitenlandse winst de zelfstandigheidsfictie te gelden. Voorts geldt dat aan de vaste inrichting in beginsel geen interne schulden kunnen worden toegerekend. Een van de uitzonderingen betreft de situatie dat de schuld is aangegaan bij derden en dient ter financiering van de activiteiten van de vaste inrichting, zie bijvoorbeeld HR 7 mei 1997, BNB 1997/263.
214. Deze hogere voorkomingswinst op Nederlands niveau is voornamelijk aantrekkelijk indien de rentebaten tot aftrek leiden in het land waar de vaste inrichting is gevestigd. Indien daar de renteaftrek wordt beperkt, bijvoorbeeld ingevolge lokale thin-capitalisationwetgeving, is de voornoemde structuur in beginsel niet voordelig.
215. In de NvW wordt aan de hand van een voorbeeld de werking van het plafond geïllustreerd, NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20-21.

Maatoug en Boer merken op dat art. 10d, lid 10 niet correct is geformuleerd, aangezien deze bepaling slechts een verwijzing bevat naar lid 1 en niet tevens naar lid 3.²¹⁶ Daarmee zou het plafond van lid 10 onder omstandigheden te laag zijn indien de aftrekbeperking op het niveau van de belastingplichtige ingevolge lid 3 wordt verlaagd tot het saldo van de rente op opgenomen en uitgeleende geldleningen van en aan verbonden lichamen. Met Van Weeghel en Brandsma ben ik van mening dat de uitleg van Maatoug en Boer van lid 10 te eng is.²¹⁷ Lid 1 en lid 3 zijn mijns inziens gekoppeld, omdat de niet-aftrekbare rente van lid 1 ingevolge lid 3 ten hoogste bedraagt het saldo van de rente op opgenomen en uitgeleende geldleningen van en aan verbonden lichamen. Lid 3 geeft als zodanig dus een nadere invulling van lid 1. Desalniettemin acht ik het raadzaam om in lid 10 een expliciete verwijzing op te nemen naar lid 3 teneinde misverstanden te voorkomen.²¹⁸

7.6.3 *Uitsluiting diverse bepalingen*

Uitsluiting lid 2

In art. 10d, lid 9, wordt lid 2 buiten toepassing verklaard bij de berekening van de voorkomingswinst. Dit betekent dat de beperking van de regeling tot groepsmaatschappijen niet van toepassing is bij de berekening van de voorkomingswinst.²¹⁹ In de literatuur wordt deze uitsluiting, zelfs in combinatie met de toelichting daarop, onbegrijpelijk geacht.^{220, 221} In de Nota navnv merkt de wetgever dienaangaande op, dat de uitsluiting van lid 2 dient om discussies te vermijden over de vraag of de buitenlandse vaste inrichting wel deel uitmaakt van de groep van de belastingplichtige en of derhalve wel een gedeelte van de eventuele van aftrek uitgesloten rente moet worden toegerekend aan die vaste inrichting.²²² Deze uitleg van de wetgever overtuigt niet. Ik vermag niet in te zien, waarom een vaste inrichting niet tot de groep zou behoren waartoe ook de belastingplichtige behoort. De fiscaalrechtelijke kwalificatie als vaste inrichting heeft, voor zover mij bekend, namelijk geen gevolgen voor de civielrechtelijke kwalificatie van de activa en passiva van de vaste inrichting. Deze

216. Maatoug, H. & Boer, J.P.; Two is a party, three is a crowd (I), MBB 2004/49.

217. Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 102-103.

218. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 103.

219. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20.

220. Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 106.

221. Vergelijk tevens het NOB-commentaar d.d. 20 oktober 2003 op wetsvoorstel Nota van wijziging bij het Belastingplan 2004, Kamerstuknummer 29 210 – aanpassing n.a.v. Bosal-arrest, punt 2.23, www.nob.net.

222. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 32.

worden aan de belastingplichtige toegerekend. Gelet op het voorgaande verdient het mijns inziens de voorkeur om deze zinledige uitschakeling te schrappen.²²³

Uitsluiting lid 3

In art. 10d, lid 9 wordt voorts lid 3 uitgesloten bij de berekening van de voorkomingswinst. Dit betekent dat het niet nodig is om de leningen van een vaste inrichting te kwalificeren met betrekking tot eventuele verbondenheid. Dit komt evident de administratieve eenvoud ten goede.²²⁴ Daarnaast wijst de wetgever er op dat deze uitzondering in het voordeel van de belastingplichtige werkt, aangezien de van aftrek uitgesloten rente niet wordt beperkt tot de rente betaald op verbonden leningen.²²⁵ Daarmee kan de voorkomingswinst hoger zijn dan indien ook art. 10d, lid 3 in aanmerking zou moeten worden genomen. Dit voordeel doet zich overigens slechts in een beperkt aantal situaties voor.²²⁶ Hiertoe is namelijk (onder meer) vereist dat voor zowel de belastingplichtige als de vaste inrichting art. 10d toepassing vindt (vergelijk lid 10). Voorts is vereist dat de rente wordt betaald aan een verbonden lichaam. Ook in deze situatie geldt via lid 10 het plafond van lid 1. Van Weeghel wijst er mijns inziens terecht op dat de door de wetgever gekozen benadering in voorkomende gevallen met zich brengt dat de binnenlandse belastingplichtige met een of meer buitenlandse vaste inrichtingen wordt bevoordeeld ten opzichte van de binnenlandse belastingplichtige met louter binnenlandse activiteiten.²²⁷ Dit lijkt evenwel geen strijd met EU-recht te kunnen opleveren als een vaste inrichting binnen de EU is gevestigd. Puur binnenlandse situaties worden namelijk slechter behandeld dan (gedeeltelijk) buitenlandse situaties. Zulks is in EU-recht toegestaan.²²⁸

223. In gelijke zin NOB-commentaar d.d. 20 oktober 2003 op wetsvoorstel Nota van wijziging bij het Belastingplan 2004, Kamerstuknummer 29 210 – aanpassing n.a.v. Bosal-arrest, punt 2.23, www.nob.net, Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 102-103. Anders Pijl, H.; Drie observaties bij thin cap, WFR 2006/374.

224. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20.

225. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20. Vergelijk Pijl, H.; Drie observaties bij thin cap, WFR 2006/374. Anders Maatoug, H. & Boer, J.P.; Two is a party, three is a crowd (I), MBB 2004/49.

226. Vergelijk in dit kader Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106.

227. In gelijke zin Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106.

228. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld de conclusie van A-G Léger inzake de procedure Van Hilten, Conclusie A-G Léger, 30 juni 2005, V-N 2005/36.21 en in het bijzonder r.o. 72. Het thans geldende gemeenschapsrecht verplicht de lidstaat van herkomst niet om zijn onderdanen die gebruik maken van de hun door het EG-Verdrag toegekende vrijheid om te reizen en te verblijven een gunstigere behandeling te geven dan die welke zij zouden hebben genoten wanneer zij op het nationale grondgebied waren gebleven. Deze bewering doet niets af aan de verplichting van de staat van vestiging of verblijf om deze onderdanen dezelfde voordelen toe te kennen als hun eigen onderdanen wanneer zij zich in dezelfde situatie bevinden. Vergelijk in dit verband r.o. 46 van HvJ EG, 23 februari 2006, BNB 2006/194 (Van Hilten-Van der Heijden): *'Door de nalatenschappen van onderdanen die hun woonplaats naar het buitenland hebben verlegd, op dezelfde wijze (onderstreping JvS) te belasten als die van onderdanen die in de betrokken lidstaat zijn blijven wonen, kan een dergelijke wetgeving immers eerstbedoelde onderdanen niet ervan doen afzien in die* →

Uitsluiting lid 5

Ook de uitsluiting van lid 5 dient de administratieve eenvoud, aangezien aldus wordt voorkomen dat de belastingplichtige een aparte commerciële balans moet opstellen voor de vaste inrichting.²²⁹ Deze zal immers veelal niet voorhanden zijn. Ook deze uitsluiting kan voor belastingplichtigen positieve gevolgen hebben. Immers, door geen gebruik te maken van de groepstoets op het niveau van de vaste inrichting – terwijl toepassing van deze toets tot een lagere niet-aftrekbare rente en daarmee een lagere voorkomingswinst zou hebben geleid – kan de voorkomingswinst hoger worden. Ook voor de uitsluiting van lid 5 geldt evenwel dat het plafond van lid 1 via lid 10 van toepassing blijft.

7.6.4 Delegatiebepaling

Art. 10d, lid 11 bevat een delegatiebepaling betreffende nadere regels met betrekking tot de toepassing van art. 10d, lid 9 en lid 10. Door de wetgever is toegezegd dat deze algemene maatregel van bestuur in de loop van 2004 zou worden gepubliceerd.²³⁰ Bij het Besluit van 15 april 2005, nr. IFZ2005/145, Stb. 2005, 197, V-N 2005/23.7 is – later dan toegezegd – invulling gegeven aan deze delegatiebepaling. Uit art. II, lid 2 van voornoemd besluit blijkt overigens dat de invulling van de delegatiebepaling terugwerkende kracht kent tot 1 januari 2004.

Het deel van V-N 2005/23.7 dat ziet op art. 10d wordt voor een belastingplichtige relevant indien hij beschikt over meerdere buitenlandse vaste inrichtingen. Alsdan worden de volgende twee aspecten van de thin-capitalisationwetgeving in het Besluit 2001 geregeld:

1. de verdeling van de franchise van € 500.000; en
2. de verdeling van het plafond ex lid 10.

Ad 1: franchise

De thin-capitalisationwetgeving wordt zelfstandig toegepast op de winst van een vaste inrichting. Dit houdt in dat de franchise van € 500.000 ex lid 4 eveneens geldt bij de bepaling van de vaste inrichtingswinst. Indien een belastingplichtige beschikt over meerdere vaste inrichtingen, geldt de franchise in beginsel voor iedere vaste inrichting afzonderlijk. Deze uitwerking zou voor belastingplichtigen nadelig zijn, aangezien toepasselijkheid van art. 10d in beginsel leidt tot een hogere voorkoming. Om dit nadelig gevolg weg te nemen, wordt in art. 32, lid 6 BvdB 2001 bepaald dat de franchise in totaal slechts één keer in aanmerking behoeft te worden genomen bij de

→ *lidstaat investeringen te doen vanuit een andere staat, noch laatstbedoelde onderdanen, zulks te doen vanuit die betrokken lidstaat in een andere staat, terwijl zij evenmin, ongeacht de plaats waar de betrokken zaken zich bevinden, de waarde kan verminderen van de nalatenschap van een onderdaan die zijn woonplaats naar het buitenland heeft verlegd. (...) Aangezien zij enkel geldt voor onderdanen van die betrokken lidstaat, kan zij het kapitaalverkeer van onderdanen van andere lidstaten niet beperken'. Vergelijk voorts HvJ EG 26 januari 1993, V-N 1993/1269 (Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt).*

229. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 20.

230. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 33.

berekening van de winst van de verschillende vaste inrichtingen. De franchise wordt ingevolge die bepaling namelijk pro rata toegedeeld aan de verschillende vaste inrichtingen. Als verdeelsleutel geldt de volgende breuk.

*Teveel aan vreemd vermogen bij de vaste inrichting vóór toepassing franchise/ Som van teveel aan vreemd vermogen bij de vaste inrichtingen vóór toepassing franchise*²³¹

Kavelaars en Van den Kommer wijzen er – mijn inziens terecht – op dat de verdeling van de franchise onevenwichtig uitwerkt.²³² De volledige franchise wordt namelijk toegerekend aan de vaste inrichtingen en niet aan de binnenlandse onderneming. Dit leidt tot een lagere beperking van renteaftrek voor de vaste inrichting, resulterend in een lager resultaat, hetgeen leidt tot een lagere voorkoming. Deze onevenwichtigheid kan worden opgelost door ook een deel van de franchise toe te rekenen aan de onderneming van het hoofdhuis.²³³

Ad 2: plafond ex lid 10

Door toepassing van art. 10d, lid 10 wordt bij de bepaling van de voorkomingswinst niet meer rente ingevolge art. 10d in aftrek beperkt dan de rente die in totaliteit in aftrek wordt beperkt bij de berekening van de totale winst van de belastingplichtige. Art. 32, lid 7 BvdB 2001 bepaalt hoe dit plafond moet worden verdeeld ingeval een belastingplichtige meerdere vaste inrichtingen heeft. De verdeling vindt plaats aan de hand van de volgende breuk:

Niet-aftrekbare rente vaste inrichting na toepassing franchise/ Som van de niet-aftrekbare rente vaste inrichtingen na toepassing franchise

7.6.5 Verrekening buitenlandse bronbelasting

In paragraaf 7.6.1 gaf ik reeds aan dat in de wetsgeschiedenis ten aanzien van art. 10d, lid 9 en 10 slechts aandacht wordt besteed aan de vrijstelling voor het resultaat van een vaste inrichting. In deze bepalingen wordt evenwel gesproken van ‘voorkoming van dubbele belasting’. Dit brengt mee dat deze bepaling geldt voor zowel de vrijstellingsmethode als de verrekeningsmethode.²³⁴ Dit betekent dat deze leden evenzeer van toepassing zijn op de situaties waarin een verrekening van buitenlandse bronheffingen wordt toegepast. Art. 10d, lid 9 en 10 werken derhalve gelijk uit voor de berekening van de voorkoming ter zake van een vaste inrichting (vrijstellingsmethode) en de berekening van de voorkoming ter zake van een bronheffing (verrekeningsmethode).

231. In het besluit van 15 april 2005 wordt deze breuk nader toegelicht aan de hand van een cijfervoorbeeld.

232. Kavelaars, P. & Van den Kommer, L.P.; Thincapregeling en vaste inrichting matchen niet altijd, WFR 2006/67.

233. Kavelaars, P. & Van den Kommer, L.P.; Thincapregeling en vaste inrichting matchen niet altijd, WFR 2006/67.

234. In gelijke zin Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106.

7.7 Beoordeling thin-capitalisationwetgeving

7.7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk heb ik art. 10d uitgebreid onderzocht. In deze paragraaf presenteer ik de uitkomsten van de beoordeling van art. 10d. Op deze plaats herhaal ik de criteria van de primaire toets. Een belastingwet moet:

1. rechtvaardig zijn; gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld, de wet bevat geen overkill en pakt niet willekeurig uit voor belastingplichtigen;
2. effectief zijn; de geformuleerde doelstellingen van fiscaal beleid moeten daadwerkelijk worden gerealiseerd;
3. efficiënt zijn; de gestelde doelstellingen dienen met zo min mogelijk uitvoeringskosten te worden verwezenlijkt.

Voordat ik mijn conclusies dienaangaande presenteer, besteed ik eerst beknopt aandacht aan de economische effecten van de invoering van thin capitalisation.

7.7.2 Economische kanttekeningen bij thin capitalisation

Een belangrijk nadeel van thin capitalisation is dat deze wetgeving een grens stelt aan de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen en daarmee de financieringsvrijheid van een onderneming belemmert. Hiermee bestaat de mogelijkheid dat deze wetgeving een optimale allocatie verstoort van de productiefactor kapitaal, verdeeld in eigen vermogen en vreemd vermogen.²³⁵ Overigens onderschrijft de wetgever dat thin capitalisation nooit (volledig) aansluit op de economische realiteit.²³⁶ Voorts meent de wetgever dat thin-capitalisationwetgeving een impuls zal vormen tot het verhogen van het vreemd vermogen tot de vastgestelde normen.²³⁷ Ik betwijfel evenwel of deze stelling (uit 1996) op waarheid berust. Door de invoering van thin capitalisation wijzigt de kostenvoet van eigen vermogen en vreemd vermogen niet indien de voorheen bestaande verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen na de invoering van thin capitalisation niet leidt tot beperking van renteaftrek. Voorts is van belang dat tegenover de invoering niet de afschaffing van een andere aftrekbeperking staat (zoals per 1 januari 2004 is gebeurd). Uitgaande van een homo economicus bestaat op het moment voor de invoering een economisch optimale verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. De kostenvoet wijzigt niet als gevolg van de invoering van de thin-capitalisationwetgeving. De aftrekbeperking vindt immers geen toepassing, aangezien de bestaande verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen onder de maximaal toegestane verhouding ligt. Voor een verandering van de vermogensstructuur bestaat derhalve economisch gezien geen aanleiding.²³⁸

235. Voor een nadere beschouwing verwijs ik naar paragraaf 2.4.

236. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 10.

237. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 10.

238. Het introduceren van een (duidelijke) grens roept mogelijk psychologische gedragseffecten op. Een studie naar deze gedragseffecten valt buiten het bestek van dit onderzoek.

Voorts is het de vraag wat – afgezien van het bovenstaande economische argument – de bezwaren zijn van het stijgen van de vermogensverhouding vreemd vermogen gedeeld door eigen vermogen. Zolang belastingplichtigen beneden of op de grens van 3:1 zitten, lijkt er weinig aan de hand te zijn. Komt men over de grens, dan is het surplus niet aftrekbaar. Indien de wetgever het – vanuit budgettaire overwegingen – onwenselijk acht dat (veel) belastingplichtigen op de grens gaan zitten, dan kan hij deze grens naar beneden bijstellen, bijvoorbeeld in de zin dat nog maximaal een verhouding van 2:1 of 1:1 wordt toegestaan.

Art. 10d bergt het risico van overkill in zich. De tegenbewijsregelingen c.q. begrenzers van de renteaftrekbeperking die zijn opgenomen in lid 3 en in lid 5 en 6 doen hieraan slechts beperkt af. In de wetsgeschiedenis merkt de wetgever op dat bij de groepstoets rekening wordt gehouden met de aard van het concern. Uitgaan van de groepsratio brengt volgens hem met zich dat beter wordt aangesloten bij de economische realiteit dan bij het (uitsluitend) hanteren van een vaste ratio. De groepsratio weerspiegelt namelijk de financieringsverhouding die binnen de desbetreffende branche gebruikelijk is.²³⁹ Dit geldt evenwel niet in alle gevallen. De branche van de belastingplichtige komt namelijk niet altijd overeen met die van de moeder. Dit komt mede voort uit het feit dat concerns kunnen diversificeren, teneinde het risico te spreiden. Het is daarom denkbaar dat de dochter in verhouding tot de moeder relatief ‘scheef’ is gefinancierd, maar dat zulks wel in overeenstemming is met bedrijfseconomische regels. In zo’n situatie kan de belastingplichtige desalniettemin worden geconfronteerd met beperking van renteaftrek. Feitelijk bezien, kan derhalve de aftrekbaarheid van rente op het niveau van de belastingplichtige afhangen van de branche c.q. mate van diversificatie van de moedermaatschappij. Ik acht dit economisch ongewenst, aangezien de belastingplichtige dan in een concurrentienadeel komt ten opzichte van belastingplichtigen wiens moeder in dezelfde branche actief is. Mijns inziens dient dit nadelige effect ondervangen te worden door het opnemen van een additionele tegenbewijsregeling. Deze zou moeten bepalen dat beperking van renteaftrek op grond van art. 10d geen toepassing vindt indien belastingplichtige aannemelijk kan maken dat zijn financieringsverhouding redelijk/zakelijk is voor de branche waarin hij opereert.²⁴⁰

Voorts leidt de wijze waarop de thin-capitalisationwetgeving is ingericht tot een administratieve lastenverzwaring. Immers, de belastingplichtige wordt boven een bepaalde vermogensverhouding (i.c. 3:1) geacht een teveel aan vreemd vermogen te hebben, tenzij hij een bepaald tegenbewijs kan leveren. Hoewel exacte cijfers mij onbekend zijn, betwijfel ik daarom of de afschaffing van de aftrekbeperking van art. 13, lid 1 in combinatie met de invoering van art. 10d per saldo, gelet op de complexiteit

239. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 11.

240. Ik realiseer mij dat zo’n tegenbewijsregeling bewijs- en uitvoeringsproblemen met zich brengt. Immers: wat moet worden verstaan onder ‘branche van de belastingplichtige’ en hoe moet worden omgegaan met de situatie waarin een belastingplichtige opereert in twee of meer branches? Voor definiëring van branches kan wellicht worden aangesloten bij de bestaande indeling die het CBS hanteert. Daarmee is een aantal van deze praktische bezwaren geneutraliseerd.

van deze nieuwe bepaling, een administratieve lastenverzwaring van slechts € 1 miljoen met zich brengt, zoals de wetgever meent.²⁴¹

Een ander bezwaar van de thin-capitalisationwetgeving is dat het beperken van rentaftrek veelal leidt tot economisch dubbele heffing.²⁴² Deze economisch dubbele belastingdruk is onwenselijk. Art. 10d, noch enige andere bepaling, biedt op dit punt tegemoetkoming. De tegemoetkoming van art. 10d, lid 3 en de groepstoets bieden op dit punt onvoldoende oplossing.

Ten slotte wijs ik op het arbitraire karakter van de in art. 10d opgenomen grens van 3:1. Evengoed had kunnen worden aangesloten met de uit de voormalige standaard-deelnemingsvrijstellingsruling bekende verhouding VV:EV van 85:15. Tijdens de parlementaire behandeling is de wetgever ingegaan op de keuze voor de ratio 3:1.

Dienaangaande merkt hij onder meer het volgende op: 'De hoogte van de vaste ratio moet daarbij worden gezien in combinatie met de andere kenmerken van de regeling. Een belangrijk element hierbij is dat bij de vaststelling van de ratio alleen het saldo van de vorderingen en schulden in aanmerking behoeft te worden genomen. (...) De combinatie van de 3:1 ratio en deze andere elementen van de voorgestelde regeling zorgt voor aansluiting bij de economische realiteit'.²⁴³

Waarom nu exact de 3:1-verhouding aansluit bij de economische realiteit en niet een andere verhouding, is mij met de hiervoor aangehaalde passage overigens nog niet duidelijk. Ik houd het er op dat het hier een politieke/budgettaire keuze betreft die niet (geheel) aansluit bij de economische realiteit.

7.7.3 Fiscaaltechnische kritiek op de thin-capitalisationwetgeving

Groepsbegrip

In de fiscale literatuur bestaat er voor zover mij bekend communis opinio over het feit dat het groepsbegrip van art. 2:24b BW in de thin-capitalisationwetgeving tot de nodige problemen zal leiden en dat in deze regelgeving geen plaats zou moeten zijn voor dit groepsbegrip.²⁴⁴ Desalniettemin heeft de wetgever in art. 10d, lid 2 een verwijzing naar dit groepsbegrip opgenomen. Ook ik acht deze verwijzing ongewenst en pleit – met het oog op een beperking van de administratieve lasten – voor het aansluiten bij een van de bekende fiscale verbondenheidsbegrippen zoals opge-

241. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 6.

242. Anders dan voor art. 10a geldt compenserende heffing voor toepassing van art. 10d namelijk niet als tegenbewijsregeling.

243. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 12.

244. Vergelijk onder meer Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving, MBB 2003/350, Maatoug, H. & Boer, J.P.; Two is a party, three is a crowd (I), MBB 2004/49, Kavelaars, P. & Smittenberg, R.A.H.; Het groepsbegrip in de thincapregeling, WFR 2004/165, De Vries, N.H. & De Vries, R.J.; Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer, onderdeel 2.2.6.D.a en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 28.

nomen in art. 8b en art. 10a, lid 4. Hoewel ook de portee van deze twee begrippen niet volledig duidelijk is – ik verwijs naar de behandeling van het begrip ‘verbonden lichaam’ in hoofdstuk 6 – verdient een van beide begrippen mijns inziens de voorkeur boven het groepsbegrip van art. 2:24b BW.²⁴⁵ Dit komt mede door de onduidelijkheid die kan bestaan ten aanzien van de toepassing van dit begrip, vergelijk paragraaf 7.3.4. Voorts wijs ik op de ‘omkering van de bewijslast’ die de wetgever voorstaat.²⁴⁶ Het standpunt van de accountant heeft zijns inziens namelijk als uitgangspunt te gelden. Daarnaast wordt hiermee bereikt dat het groepsbegrip (art. 2:24b BW) in beginsel overboord wordt gezet voor de fiscaliteit. Voor de groepstoets is art. 2:24b BW namelijk niet relevant, maar art. 2:406 BW (consolidatieplicht).

Verder brengt het als toepassingscriterium gebruiken van het groepsbegrip voor art. 10d met zich dat wijzigingen in dit begrip gevolgen kunnen hebben voor de aftrekbaarheid van rente. Ik acht dit ongewenst, omdat de (wijziging in) de fiscale behandeling in casu niet zou moeten afhangen van een wijziging in de civielrechtelijke regelgeving. Indien de wetgever deze kritiek deelt en niet (zonder meer) de wijzigingen in het groepsbegrip fiscaal wil volgen, is additionele wetgeving noodzakelijk. Het ligt in de lijn der verwachting dat de regeling daarmee niet eenvoudiger toepasbaar wordt. Ten slotte zaait de wetgever zelf verwarring door sterk aan te haken bij de geconsolideerde jaarrekening. Consolidatie vormt namelijk geenszins een volmaakt criterium voor de aanwezigheid van een groep, vergelijk paragraaf 7.3.4.

Manipulatie

Zoals ik in paragraaf 7.4.2 constateerde, bestaat de mogelijkheid om – zowel bij de individuele toets als bij de groepstoets – de vermogenspositie van de belastingplichtige te manipuleren. Voor beide toetsen wordt namelijk uitgegaan van het gemiddelde vreemd vermogen en het gemiddelde eigen vermogen. De gemiddelden worden bepaald naar de stand bij het begin en het einde van het jaar, zonder flankerende maatregelen. Dit betekent dat op de peildatum in beginsel een hoger eigen of een lager vreemd vermogen kan worden gepresenteerd. Na de peildatum kan de financieringsverhouding in de oorspronkelijke staat worden teruggebracht. In paragraaf 7.4.2 gaf ik aan dat het oppompen van het eigen vermogen en/of het verlagen van het vreemd vermogen – behoudens uitzonderlijke situaties – niet met frauduleus kan worden bestreden. De wetgever heeft in art. 10d namelijk geen flankerende maatregelen getroffen, terwijl dit, gelet op art. 2:14, lid 3, onderdeel b en c Wet IB 2001, wel mogelijk zou zijn geweest. Ik acht daarom flankerende wetgeving wenselijk. Wel dienen deze maatregelen te worden voorzien van een tegenbewijsregeling.

245. Voorts bestaat de mogelijkheid om aan te sluiten bij art. 7, lid 4 Wet OB 1964, de fiscale eenheid voor de omzetbelasting.

246. Vergelijk Kavelaars, P. & Smittenberg, R.A.H.; Het groepsbegrip in de thincapregeling, WFR 2004/165.

Overkill

Een belangrijke reden voor de invoering van art. 10d is het tegengaan van het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag. Art. 10d vindt evenwel ook toepassing op structuren die in het geheel niet zijn gericht op het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan puur binnenlandse situaties waarin wel rente in aftrek wordt beperkt, maar de rentebaten behoudens bijzondere situaties (denk bijvoorbeeld aan niet-belastingplichtige stichtingen) 'gewoon' worden belast. In zo'n geval leidt art. 10d tot economisch dubbele heffing. Hetzelfde geldt voor situaties waarin in Nederland op het niveau van de debiteur in-gevolge art. 10d rente in aftrek wordt beperkt, terwijl de rentebaten bij de in het buitenland gevestigde crediteur(en) in een (naar Nederlandse maatstaven redelijke) heffing worden betrokken.²⁴⁷ Ik acht deze overkill onwenselijk. Bovendien brengen de tegenbewijsregelingen – lid 3 en lid 5/6 – veelal geen verlichting.

Op zichzelf is wel begrijpelijk dat in art. 10d geen tegenbewijsregeling ex art. 10a, lid 3, onderdeel b is opgenomen. Immers, art. 10a richt zich op bepaalde leningen, terwijl art. 10d in eerste aanleg geldt voor alle leningen.²⁴⁸ Een dergelijke tegenbewijsregeling in het huidige art. 10d invoeren is derhalve praktisch onuitvoerbaar. Het is echter wel mogelijk om een leningsgewijze benadering te kiezen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een systeem waarin een schuld alleen meetelt als vreemd vermogen indien de rentebaten niet zijn onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.²⁴⁹

247. Het volgende, weinig overtuigende, argument dat de wetgever in 1996 van stal haalde om ten aanzien van art. 10a, lid 1 geen compenserende heffing voor te staan, overtuigt evenmin voor toepassing van art. 10d. In 1996 overwoog de wetgever het volgende: *'Er zijn namelijk veel situaties denkbaar – niet alleen (semi-)overheidsbedrijven – waarin een concern om hem moverende redenen liever belasting betaalt in zijn thuisland dan elders. (...) Het laten vallen van die toets zou ten koste gaan van de effectiviteit van de regeling, waardoor de mogelijkheden van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag groter zouden zijn'*, Nota navnv, 1995-1996, 24 696, blz. 7.

248. In gelijke zin de wetgever in de Nota navnv: *'Zoals ik ook in de toelichting heb aangegeven heeft de toepassing van de thin-capitalisationmaatregel bij de schuldenaar geen gevolgen voor de heffing over de rente bij de schuldeisers. De aftrekbepanking is immers niet gekoppeld aan individuele leningen, maar aan de verhouding tussen het totale vreemde en eigen vermogen'*, vergelijk Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 29. Overigens ben ik van mening dat het argument van de wetgever dat van art. 10d een preventieve werking uitgaat en dat mede daarom nader tegenbewijs niet noodzakelijk is, geen hout snijdt. De peildatum is direct het einde van het fiscale jaar. Daarom weet een belastingplichtige niet (exact) van te voren hoe art. 10d uitpakt. Onbekend is dan namelijk hoe hoog de (fiscale en commerciële) winst zal zijn. De exacte hoogte van het eigen vermogen is daarmee onbekend, zodat niet duidelijk is welke acties gewenst zijn. Bovendien acht ik het bedrijfseconomisch onwenselijk dat een belastingplichtige min of meer wordt gedwongen om additioneel kapitaal te storten om onder het bereik van art. 10d vandaan te blijven.

249. Wel leidt ook zo'n systeem tot uitvoeringsproblemen, vergelijk in dit verband bijvoorbeeld hoofdstuk 6.

Onduidelijkheid en onredelijke uitwerking

Bepaalde handelingen of gebeurtenissen die geenszins het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag tot doel hebben, kunnen nadelige effecten hebben op de aftrekbaarheid van rente. Zo kan door een balansverlenging beperking van renteaftrek ingevolge art. 10d intreden. Hierbij valt te denken aan de aanschaf van een nieuw bedrijfspand gefinancierd met een hypothecaire banklening. Hiermee kan worden uitgekomen boven de verhouding 3:1. Bij de aanwezigheid van andere leningen die wel zijn opgenomen bij een verbonden lichaam, treedt dan in beginsel beperking van renteaftrek in.

Een ander voorbeeld is de voeging van een nieuw verworven dochter in een fiscale eenheid. Indien voor de deelneming een bedrag aan goodwill is betaald, kan voeging in een fiscale eenheid leiden tot een vermogensdaling. Door de daling van het (fiscale) eigen vermogen zal thin capitalisation eerder aan de orde zijn. Van uitholling van de heffingsgrondslag is echter geenszins sprake. De vermogensdaling houdt slechts verband met het feit dat de goodwill niet geactiveerd mag worden. Indien goodwill conform de commerciële regels wel als (niet-afschrijfbaar) actief op de balans zou zijn toegelaten, zou van een vermogensdaling geen sprake zijn geweest en daarmee evenmin beperking van renteaftrek op grond van art. 10d.

Een ander punt waarop de renteaftrekbeperking onredelijk uitwerkt, is dat bij het berekenen van de niet-aftrekbare rente geen rekening wordt gehouden met de rente op uitgegeven geldleningen.²⁵⁰ Dit betekent dat een belastingplichtige die naast opgenomen geldleningen (van verbonden lichamen) tevens uitgegeven geldleningen (aan niet-verbonden lichamen) heeft, slechter af kan zijn dan een vennootschap zonder uitgegeven geldleningen die echter per saldo een gelijk bedrag aan uitstaande leningen heeft als de belastingplichtige. De door de wetgever gekozen benadering acht ik niet juist omdat twee economisch sterk met elkaar vergelijkbare situaties fiscaal verschillend worden behandeld. Voor dit verschil in behandeling bestaat mijns inziens geen rechtvaardiging. Ik acht het daarom wenselijk dat art. 10d, lid 1 wordt uitgebreid in de zin dat eveneens de ontvangen rente op uitgegeven geldleningen in aanmerking wordt genomen. Mijns inziens zou dat zowel voor de groepstoets als voor de individuele toets moeten hebben te gelden.

Indien een lening formeel afkomstig is van een verbonden lichaam, maar in wezen is verschuldigd aan een niet-gelieerde partij, dan wordt zo'n lening voor toepassing van art. 10d, lid 3 aangemerkt als een interne lening. Dit betekent dat de op deze lening verschuldigde rente meetelt voor toepassing van art. 10d, lid 1, aangezien deze rente niet wordt uitgesloten in het derde lid. Deze benadering is – mijns inziens ten onrechte – nadelig voor belastingplichtigen. Maatoug en Boer merken dienaangaande op, dat het toevoegen van de frase 'rechtens dan wel in feite' ex art. 10a op dit punt een verlichting zou betekenen. De lening zou dan namelijk volgens hen niet

250. Anders dan voor toepassing van art. 10d, lid 3 (saldering rente ontvangen van en verschuldigd aan verbonden lichamen) vindt bij het berekenen van de niet-aftrekbare rente (art. 10d, lid 1) geen saldering plaats van de ontvangen en verschuldigde rente.

langer meetellen als interne lening aangezien deze lening in wezen is opgenomen bij een niet-gelieerde partij.²⁵¹ De opvatting van Maatoug en Boer deel ik niet. In art. 10a brengt de frase 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' met zich dat leningen wel kunnen worden geherkwalificeerd tot interne lening, maar niet tot externe lening. Een lening is namelijk besmet indien hij rechtens dan wel in feite, direct of indirect kwalificeert als een interne lening. Indien een van de vier situaties aan de orde is, is er sprake van een interne lening. Dat ook op een andere wijze tegen de lening kan worden aangekeken doet daaraan niet af. Voor art. 10a geldt nog dat de rente in beginsel aftrekbaar blijft indien een lening voor de groep als geheel gezien afkomstig is van een niet-gelieerde partij, vergelijk hoofdstuk 6. Dit loopt evenwel via het tegenbewijs van de 'zakelijke overwegingen'. Voor art. 10d ontbreekt zo'n tegenbewijsregeling.

Een ander punt waarop art. 10d mijns inziens onredelijk uitwerkt, is het niet meenemen van de fiscale reserves bij het bepalen van het fiscale eigen vermogen, vergelijk art. 10d, lid 4, tweede volzin. Hiervoor bestaat mijns inziens geen bevredigende verklaring. Een wetswijziging op dit punt acht ik dan ook gewenst.

Underkill: diversen

Op verschillende punten acht ik de thin-capitalisationwetgeving niet geheel sluitend. Een belangrijk manco is dat rond de peildata manipulatie mogelijk is van het eigen vermogen en het vreemd vermogen. Hierdoor kan de thin-capitalisationbepaling aanzienlijk aan effectiviteit inboeten. Het verdient daarom mijns inziens de voorkeur om art. 10d uit te rusten met flankerende wetgeving. Een andere wijze waarop de individuele toets van art. 10d kan worden omzeild, is door bepaalde leningen te hybridiseren. Hierdoor wordt onder voorwaarden de dubbele heffing waarmee art. 10d in de regel gepaard gaat, afgewend. Door een schuld te hybridiseren blijft de verschuldigde rente niet-aftrekbaar. Tegenover de niet-aftrekbaarheid van de rente op het niveau van de debiteur staat echter geen belastingheffing bij de renteontvanger indien aan de voorwaarden ex art. 13, lid 3, onderdeel b wordt voldaan. Naast het hybridiseren van een lening is het nog aantrekkelijker om een lening om te vormen tot een kapitaalverstrekking, denk aan een deelnemerschapslening ex BNB 1998/208. Naast het feit dat het (gemiddeld) vreemd vermogen afneemt, stijgt immers het gemiddeld eigen vermogen (dat voor de individuele toets drie maal meetelt). Deze ontwijkingsmogelijkheid acht ik niet bezwaarlijk, aangezien deze voortvloeit uit de nu in de Wet Vpb 1969 opgenomen wetsystematiek en bovendien dubbele heffing voorkomt.

251. Vergelijk Maatoug, H. & Boer, J.P.; Two is a party, three is a crowd (I), MBB 2004/49.

Underkill: Samenloop art. 10d met fiscale eenheid

De wetgever heeft verzuimd om in art. 15ac, lid 5 toepassing van art. 10d uit te sluiten. Art. 15ac, lid 5 richt zich tegen Sara Kreek-achtige structuren (HR 4 juni 1986, BNB 1986/239). Kort samengevat ziet deze bepaling er op dat binnen een fiscale eenheid non-existente rente verband houdende met de financiering van de vaste inrichting wel in aanmerking wordt genomen bij de bepaling van de hoogte van de voorkoming van dubbele belasting.²⁵² Dit leidt ertoe dat de voorkoming lager is, hetgeen resulteert in een hogere Nederlandse belastingheffing.

In art. 15ac, lid 5 is art. 10d niet uitgesloten. Samenloop tussen deze twee bepalingen kan zich voordoen indien een dochter deel uitmaakt van een fiscale eenheid en tevens een vaste inrichting heeft. Uitgaande van excessieve financiering met vreemd vermogen op het niveau van een fiscale eenheidsdochter brengt toepassing van art. 15ac, lid 5 in combinatie met art. 10d met zich dat de voorkomingswinst van de fiscale eenheid wordt berekend door wel rekening te houden met de niet-aftrekbare rente op het niveau van de vaste inrichting. Art. 15ac, lid 5 schrijft namelijk voor dat er moet worden gehandeld als ware er geen fiscale eenheid, waardoor de buitenlandse winst in beginsel lager wordt voor toepassing van de berekening van de voorkoming. Daarmee wordt alle rente op het niveau van D BV niet-aftrekbaar verklaard. De rente die niet aftrekbaar is bij de vaste inrichting mag ingevolge art. 10d, lid 10 niet hoger zijn dan de rente die ingevolge lid 1 op het niveau van de belastingplichtige niet aftrekbaar is. Dit is de volledige rente. Daarom wordt bij de bepaling van de voorkoming de rente niet in aftrek toegelaten op het niveau van de vaste inrichting en wordt de voorkomingswinst dus hoger. Dit resulteert in een lagere vennootschapsbelastingsschuld op het niveau van M BV. Het niet opnemen van art. 10d in art. 15ac, lid 5 lijkt mij een omissie van de wetgever.²⁵³ Het ligt in de lijn der verwachting dat deze omissie hersteld zal worden. Van Weeghel waarschuwt in dit verband zelfs voor terugwerkende kracht.²⁵⁴

Tweeslachtigheid

Een fundamenteel bezwaar tegen art. 10d is mijns inziens de tweeslachtigheid in de regeling. Toepassing van art. 10d komt slechts aan de orde indien er sprake is van een groep ex art. 2:24b BW. Waarom voor deze eis is gekozen is mij – ondanks uitleg van de wetgever op dit punt²⁵⁵ – niet helder. Duidelijk is dat art. 10d zich richt tegen uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag in concernverband. Niet duidelijk is waarom het concernbegrip van art. 8b of art. 10a, lid 4 ontoereikend is voor de thin-capitalisationwetgeving. Dit wringt in het bijzonder nu in lid 3 de beperking van renteaftrek wordt gemaximeerd tot de rente die per saldo is verschuldigd aan verbonden lichamen ex art. 10a, lid 4. Het groepsbegrip wordt voorts weer doorbroken door

252. Dit is anders indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de (non-existente) rente in het buitenland niet in aftrek is gekomen, art. 15ac, lid 6.

253. In gelijke zin Maatoug, H. & Boer, J.P.; *Two is a party, three is a crowd* (I), MBB 2004/49 en Van Weeghel, S.; *Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling*, TFO 2004/106.

254. Van Weeghel, S.; *Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling*, TFO 2004/106.

255. Vergelijk NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

de fiscale eenheid. Verder dienen in voorkomende gevallen commerciële geconsolideerde cijfers te worden opgesteld van een fiscale eenheid voor toepassing van de groepstoets.

Kortom, de wetgever maakt mijns inziens geen duidelijke keuze voor de ene (fiscale) benadering of de andere (commerciële) benadering. Op zichzelf hoeft dit geen probleem te zijn, mits er afstemming bestaat tussen de individuele toets en de groepstoets. Zoals ik hiervoor reeds aangaf, ontbreekt op bepaalde punten de coherentie.

Afhankelijkheid jaarverslaggevingsregels

Een volgend punt van kritiek betreft het feit dat door commerciële begrippen te importeren in de fiscale wetgeving, de fiscale winstbepaling (mede) afhangt van de wijze waarop bepaalde zaken in de commerciële jaarrekening worden verwerkt. Bij de commerciële winstbepaling en de jaarverslaggeving spelen de richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving en de International Accounting Standards Board een grote rol. Het betreft hier evenwel private organen waar de fiscale wetgever in beginsel geen vat op heeft. Dit betekent dat (theoretisch) de kans bestaat, dat wijzigingen in de voorschriften voor het opstellen van een (geconsolideerde) jaarrekening fiscale gevolgen hebben. Ik acht dit ongewenst. Ten aanzien van het importeren van commerciële begrippen dient mijns inziens de nodige terughoudendheid te worden betracht.

Aan de andere acht ik het ook begrijpelijk dat, met het oog op de vermindering van de uitvoeringslasten van belastingplichtigen, voor de groepstoets mag worden aangesloten bij de commerciële jaarrekening. In zoverre sta ik dan ook niet afwijzend tegenover de groepstoets. Wel acht ik het wenselijk de invloed van het jaarrekeningsrecht op de fiscaliteit tot het minimum te beperken.

Praktische bezwaren

Ten slotte wijs ik nog op een tweetal praktische bezwaren ten aanzien van de invoering van art. 10d. Allereerst zij opmerkt dat art. 10d is ingevoerd zonder overgangstermijn; art. 10d vindt toepassing met ingang van (het eerste boekjaar dat aanvangt na) 1 januari 2004. Nu de wetgeving pas eind 2003 is ingevoerd, was er voor belastingplichtigen vrijwel geen tijd meer om voor 2004 hun financieringsstructuur in overeenstemming te brengen met art. 10d. Een verzoek van de Eerste Kamer voor invoering van een redelijke overgangstermijn om belastingplichtigen in staat te stellen hun financieringsstructuur in lijn te brengen met art. 10d is namelijk door de wetgever afgewezen.²⁵⁶

256. Nota navv, EK, 2003-2004, 29 210, blz. 16. Aldaar merkte de wetgever het volgende op: 'Het bieden van een extra overgangstermijn voor aanpassing van de financieringsstructuur is om twee redenen onwenselijk. Ten eerste betekent het uitstel voor de werking van de regeling die mede ten doel heeft de budgettaire schade van het Bosalarrest deels te compenseren. Ten tweede zou uitstel van enkele maanden betekenen dat tussentijdse opstellingen van het fiscale en het commerciële vermogen gemaakt moeten worden, waardoor extra uitvoeringslasten zouden worden opgeroepen. Ten slotte moet worden bedacht dat belastingplichtigen in elk geval vanaf de indiening van de nota van wijziging de tijd hebben gehad om hun financieringsstructuur aan het voorstel aan te passen of in ieder geval voorbereidingen daartoe te treffen'.

Mijns inziens was een uitgestelde werking wenselijk. Het aan de nieuwe regeling voorafgaande rechtsregime heeft mijns inziens geleid tot het ontstaan van gerechtvaardigde verwachtingen omtrent de gekozen financieringsstructuur. Dienaangaande wijs ik op de opmerking van de wetgever in 1996 dat – destijds – de invoering van thin-capitalisationwetgeving onwenselijk was.²⁵⁷ Mijns inziens voldoet de situatie van de invoering van art. 10d aan de criteria zoals verwoord in een notitie van de staatssecretaris inzake terugwerkende kracht en eerbiedigende werking,²⁵⁸ en wel om de volgende redenen:

- De overwegingen die hebben geleid tot het tot stand brengen van art. 10d bieden mijns inziens ruimte voor een – beperkte – eerbiedigende werking.
- Tevens wordt mijns inziens voldaan aan het criterium dat sprake is van een lastenverzwaring, in ieder geval in binnenlandse en EU-situaties. De invoering van art. 10d dient in dergelijke situaties namelijk niet te worden afgezet tegen het schrappen van de kostenaftrekbeperking van art. 13, lid 1. Deze bepaling gold namelijk kort samengevat niet in binnenlandse situaties en was in EU-verhoudingen strijdig met EU-recht. Per saldo levert de invoering van art. 10d in die situaties derhalve een lastenverzwaring op.
- Gelet op het voorgaande is het realiteitsgehalte van de verwachtingen en de daarbij betrokken belangen aanzienlijk.²⁵⁹
- Voorts kan worden gesteld dat de breuk van de nieuwe regeling met het oude recht (te) groot is en dat de toepassing van art. 10d gerechtvaardigde belangen schendt, die zijn ontstaan door onder de oude regeling ingenomen posities die niet of nauwelijks meer (direct) kunnen worden veranderd.

De opmerking van de wetgever dat belastingplichtigen vanaf de indiening van de nota van wijziging de tijd hebben gehad om hun financieringsstructuur aan het voorstel aan te passen of daartoe voorbereidingen te treffen, snijdt mijns inziens slechts beperkt hout. De nota van wijziging betreft immers 'slechts' een voorstel tot de invoering van een bepaald soort regeling. Op een dergelijk wetsvoorstel is het tamelijk lastig anticiperen aangezien niet op voorhand vaststaat hoe zo'n regeling er komt uit te zien (bijvoorbeeld door amendering) en zelfs of deze regeling wel wordt ingevoerd. Deze laatste onzekerheid duurt voort tot en met het aannemen van de wet door de Eerste Kamer. Een voorbeeld van een onverwachte wending of wijziging tijdens het wetgevingsproces van art. 10d is de toevoeging van de derde volzin van art. 10d, lid 5 bij de vijfde nota van wijziging, vergelijk paragraaf 7.5. Verder wijs ik op

257. MvT, TK, 1995-1996, 24 696, blz. 10.

258. Bijlage bij Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 677, V-N 1996/2772.

259. In dit verband wijs ik op de Geconsolideerde tekst van de Aanwijzingen voor de regelgeving (t/m zesde wijziging), aanwijzing 169 plus toelichting, www.justitie.nl. Aldaar werd mede het volgende opgemerkt: '*Leidt de toepassing van eerbiedigende of uitgestelde werking tot een zeer ingewikkelde regeling, dan verdient het overweging de te handhaven regeling opnieuw vast te stellen als onderdeel van en uitzondering op de nieuwe regeling*'. Hoewel ik van mening ben dat het uitstel van invoering tot bijvoorbeeld het eerst boekjaar dat aanvangt na 1 januari 2005 geen praktische problemen met zich zou brengen, zouden eventuele problemen gelet op het voorgaande kunnen worden opgelost door separate wetgeving.

de opmerking van de wetgever dat financial-leasevorderingen niet kwalificeren als geldlening, vergelijk paragraaf 7.4.

7.8 Secundaire toets

7.8.1 Nederlandse thin capitalisation en verdragstoepassing

Toepassing van art. 10d leidt veelal tot (economisch) dubbele heffing. In de literatuur wordt op die grond verdedigd dat art. 10d mede op die grond strijdig moet worden geacht met verdragstoepassing.²⁶⁰ In dit verband wordt art. 9 OESO-Modelverdrag gekoppeld aan (de Nederlandse) thin-capitalisationbepalingen.²⁶¹

Paragraaf 3 van het OESO-commentaar (2003) op art. 9, en in het bijzonder sub a en sub c, lijkt inderdaad in deze richting te wijzen.²⁶² Tegen deze uitleg valt evenwel ten eerste de letterlijke tekst van art. 9 OESO-Modelverdrag aan te voeren. Voorts wijs ik op paragraaf 2 van het OESO-commentaar bij art. 9.

Dit commentaar luidt als volgt: *'The provisions of this paragraph apply only (onderstreping JvS) if special conditions have been made or imposed between the two enterprises. No rewriting of the accounts of associated enterprises is authorised if the transactions between such enterprises have taken place on normal open market commercial terms (on an arm's length basis).'*

Uit dit commentaar moet mijns inziens worden afgeleid, dat art. 9 slechts toepassing vindt, indien bijzondere voorwaarden zijn overeengekomen tussen gelieerde partijen. Bij bepaalde vormen van thin-capitalisationregelgeving wordt gekeken naar de onzakelijkheid van leningen en vergoedingen, vergelijk paragraaf 3, sub b, van het OESO-commentaar.²⁶³ Art. 10d ziet evenwel niet op het herkwalficeren of het naar zakelijke maatstaven aanpassen van rente en/of leningen. Daarvoor geldt andere jurisprudentie en gelden andere wettelijke bepalingen, zoals BNB 1988/217, respectie-

260. De Hosson, F.C.; Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief, WFR 2003/1581.

261. De Hosson merkt dienaangaande op: *'Men moet aannemen dat art. 9 ondanks zijn ongelukkige redactie – die zich slechts lijkt te richten op de voorwaarden (bijvoorbeeld de hoogte van de rentevergoeding) waaronder financiële betrekkingen werden aangegaan maar niet op de aard van die betrekkingen zelf – eveneens ziet op thin capitalization-situaties'*, De Hosson, F.C.; Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief, WFR 2003/1581. Pijl merkt dienaangaande op dat de benadering van De Hosson niet aanvaardbaar is, gelet op de overheersend interpretatieve betekenis van de letter van een verdrag (art. 31, lid 1, Vienna Convention, on the Law of Treaties) en de ondergeschikte rol van de geschiedenis als interpretatiecriterium, Pijl, H.; Drie observaties bij thin cap, WFR 2006/374.

262. In deze passages wordt namelijk expliciet gerefereerd aan thin-capitalisationbepalingen, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, 2003, OECD Committee on Fiscal Affairs, blz. 138-139. Het commentaar is in 2005 op voor deze problematiek relevante zaken niet gewijzigd.

263. In een aantal landen – zoals Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk – wordt het bovenmatige deel van de rente onder voorwaarden geherkwalficeerd tot dividend, ontleend aan NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 24 (bijlage).

velijk art. 8b en art. 10, lid 1, onderdeel d. Art. 10d dient 'slechts' tegen het uithollen van de Nederlandse heffinggrondslag, na het vervallen van de in art. 13, lid 1 opgenomen kostenaftrekbeperking. In dit verband wijs ik nog op paragraaf 5 van het OESO-commentaar op art. 9, alwaar ook weer de her kwalificatie van een bepaalde transactie centraal staat.

Paragraaf 5: *'The re-writing (onderstreping JvS) of transactions between associated enterprises in the situation envisaged in paragraph 1 may give rise to economic double taxation (...) Paragraph 2 provides that in these circumstances, State B shall make an appropriate adjustment so as to relieve the double taxation'.*

Blijkens het voorgaande is het mijns inziens geenszins een gegeven dat art. 10d via een verdragsbepaling conform art. 9 OESO-Modelverdrag in strijd komt met EU-recht.²⁶⁴ Ook bij de parlementaire behandeling is dit punt aan de orde geweest.²⁶⁵ De wetgever wijst in dit kader op de brede uitleg van het begrip 'thin capitalisation'.²⁶⁶ Voorts gaat hij in op het onderscheid tussen, zoals hij het noemt, de onzuivere en zuivere thin-capitalisationregels. Onzuivere bepalingen zijn regels die de voorwaarden van een lening beoordelen en eventueel deze voorwaarden aanpassen of de lening her kwalificeren tot kapitaal. Daarnaast bestaan er zuivere bepalingen, die zien op de kapitaalstructuur van een belastingplichtige en (gedeeltelijke) renteaftrek weigeren, indien de belastingplichtige te veel rente in aftrek heeft gebracht, zodat er sprake is van grondslaguitholling. De eerste categorie (de onzuivere regels) kwalificeren zijns inziens niet als thin-capitalisationregels, terwijl zulks wel het geval is voor de tweede categorie.²⁶⁷ Art. 9 OESO-Modelverdrag ziet volgens de wetgever op de eerste categorie thin capitalisation, maar niet op de tweede categorie. Ik acht deze opvatting goed verdedigbaar.

Ook Van Weeghel geeft aan dat – hoewel de benadering van de wetgever op gespannen voet staat met het in 1987 gepubliceerde OESO-rapport over thin capitalisation – deze benadering niet zonder meer kan worden afgewezen.²⁶⁸ Van Weeghel is – evenals ikzelf – met de wetgever van mening, dat het OESO-rapport onvoldoende onderscheid maakt tussen regels die de voorwaarden van een lening beoordelen en regels die zien op de kapitaalstructuur van een belastingplichtige. Van Weeghel is –

264. Vergelijk onder andere (uitgebreid gemotiveerd) Pijl, H.; Drie observaties bij thin cap, WFR 2006/374: 'Daarmee ontvalt aan de gedachtegang dat art. 9 OECD MC wellicht een hindernis vormt voor art. 10d Wet VPB 1969 mijns inziens iedere steun' Pijl, H.; Drie observaties bij thin cap, WFR 2006/374. Anders onder andere De Hosson, F.C.; Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief, WFR 2003/1581, Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving, MBB 2003/350 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 115-116.

265. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 9-11.

266. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 9-10.

267. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 10.

268. Van Weeghel, S.; Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106.

ondanks de door het OESO-rapport geschapen onduidelijkheid – evenwel van mening, dat de toepassing van een onderkapitalisatieregeling die ertoe leidt dat in een concreet geval arm's-lengthinterest niet aftrekbaar is, toch (op zijn minst) op gespannen voet lijkt te staan met de strekking van art. 9.

7.8.2 *Strijdigheid met EU-recht*

Tijdens de parlementaire behandeling is de kwestie van de vermeende strijdigheid van art. 10d met EU-recht aan de orde geweest. Hierbij kwamen twee hoofdvragen aan de orde, te weten:

1. brengt de mogelijkheid dat toepassing van art. 10d – onder voorwaarden – in binnenlandse verhouding kan worden voorkomen door het aangaan van een fiscale eenheid strijdigheid met EU-recht met zich; en
2. is art. 10d in overeenstemming met de Richtlijn 2003/49/EG van 3 juni 2003 (Interest- en royaltyrichtlijn)?²⁶⁹

Ten aanzien van beide punten is de wetgever van mening dat er geen sprake is van strijdigheid met EU-recht.

Ad 1: groepsbegrip en fiscale eenheid

Indien alle groepsmaatschappijen tot een en dezelfde fiscale eenheid behoren, komt toepassing van art. 10d volgens de wetgever niet aan orde. De fiscale eenheid valt dan samen met de groep.²⁷⁰ Ingevolge art. 15 is kort samengevat alleen een fiscale eenheid mogelijk met (feitelijk) in Nederland gevestigde vennootschappen, vergelijk art. 15, lid 3, onderdeel c.²⁷¹ Dit houdt onder meer in, dat het naar de letter van de wet niet mogelijk is om de verliezen van een in het buitenland gevestigde (100%-) dochtervennootschap te verrekenen bij de Nederlandse moeder. Dit is slechts anders indien het kort gezegd verliezen betreft van een Nederlandse vaste inrichting, vergelijk art. 15, lid 4, tweede volzin. Het is de vraag of deze door de wetgever gekozen benadering strijdig moet worden geacht met EU-recht.²⁷²

269. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

270. NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

271. Onder strikte voorwaarden is eveneens voeging mogelijk van buitenlandse vennootschappen, zie art. 15, lid 4, tweede volzin.

272. Een nadere behandeling van dit onderwerp valt buiten het bestek van dit onderzoek. Voor een nadere beschouwing verwijs ik – zonder volledigheid te pretenderen – naar Weber, D.M.; VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251 en de aldaar aangehaalde literatuur, in het bijzonder Albert, P.G.H.; Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud, FED 2003/101, Bellingwout, J.W.; Fiscale eenheid in Europees perspectief, WFR 2003/1593 en Alioua, M.; De Marks & Spenceruitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland, WFR 2004/286. Vergelijk voorts de conclusie van A-G Maduro, van 7 april 2005, V-N 2005/21.20 (Marks & Spencer) en HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer), r.o. 59 waaruit kan worden afgeleid dat grensoverschrijdende verliesverrekening slechts in bijzondere situaties mogelijk is. Dienaangaande overwoog het Hof: *'Derhalve dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat de artikelen 43 EG en 48 EG bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke het voor een ingezeten moedervennootschap algemeen niet mogelijk is, het verlies van een in een* →

Afhankelijk van de feitelijke vestigingsplaats van de dochteronderneming wordt voor toepassing van art. 10d al dan niet voldaan aan de aanwezigheid van een groep ex art. 10d, lid 2, juncto art. 2:24b BW. Een concern waarvan alle vennootschappen feitelijk in Nederland zijn gevestigd en voorts zijn gevoegd in een fiscale eenheid, wordt niet geconfronteerd met toepassing van art. 10d. Er wordt namelijk geacht geen sprake te zijn van een groep, omdat de groep samenvalt met de belastingplichtige. Een vergelijkbaar concern waarvan ten minste één dochtervennootschap niet in Nederland (maar in een andere EU-lidstaat) is gevestigd, loopt daartegen wel het risico te worden getroffen door beperking van renteaftrek. Daarmee hangt beperking van de renteaftrek (mede) af van de vestigingsplaats van de dochtervennootschappen. Deze benadering lijkt op het eerste gezicht strijdig met EU-recht.²⁷³ Overigens is het de vraag, welke bepaling nu precies in strijd is met EU-recht. Brandsma verdedigt dat de strijdigheid bestaat in art. 10d, lid 2. Snel en Albert zien daarentegen de strijdigheid eerder op het punt van art. 15 of, wellicht beter geformuleerd, de combinatie tussen art. 15 en art. 10d.

Het betreft hier dus een kip-en-eiverhaal. Bestaat er strijdigheid omdat de wetgever heeft aangegeven dat er in de situatie van een fiscale eenheid – alleen mogelijk tussen binnenlandse vennootschappen – geen sprake is van een groep, zodat hij een puur binnenlandse situatie bevoordeelt boven een situatie met een buitenlandse dochtervennootschap? Of bestaat er strijdigheid omdat art. 15 geen fiscale eenheid toestaat ten aanzien van buitenlandse vennootschappen, zodat daarmee de toezegging van de wetgever slechts in binnenlandse verhoudingen opgeld doet? Ik acht het het meest logisch dat de strijdigheid ligt in art. 15 (in combinatie met art. 10d). Uit deze bepaling komt namelijk voort dat binnenlandse vennootschappen en buitenlandse vennootschappen verschillend worden behandeld, in de zin dat binnenlandse vennootschappen wel en buitenlandse vennootschappen geen deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Dit zo zijnde, leidt de toezegging van de wetgever eveneens tot verschillende uitkomsten in binnenlandse en buitenlandse situaties. In dit verband kan worden gewezen op de non-existentie van overdrachten binnen een fiscale eenheid, alsmede de verliesverrekening. Dit heeft buiten fiscale eenheid ook wezenlijk andere gevolgen dan binnen fiscale eenheid. Daarmee is mijns inziens evenwel niet art. 8 juncto art. 3.8 Wet IB 2001 respectievelijk art. 20 strijdig met EU-recht,

—> *andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap af te trekken van haar belastbare winst, terwijl het voor deze moedervernootschap wel mogelijk is, het verlies van een ingezeten dochtervennootschap af te trekken. Het is evenwel strijdig met de artikelen 43 EG en 48 EG om de ingezeten moedervernootschap van een dergelijke mogelijkheid uit te sluiten in een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht'.*

273. Vergelijk onder andere Weber, D.M.; VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251 en Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 128.

maar hooguit art. 15. Mede gelet op de uitkomst van HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer) lijkt van strijdigheid niet snel sprake. Voor de thin-capitalisationwetgeving zit ook het pijnpunt in art. 15, met dien verstande dat het probleem met name voortkomt uit de invulling die de wetgever geeft aan het groepsbegrip waaraan wordt gerefereerd in art. 10d, lid 2. De uitkomst van HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer) doet daaraan mijns inziens niet af.

In de situatie van het samenvallen van de groep met een fiscale eenheid is Nederland groepsmoeder. In dat verband wijs ik ook op de eventuele strijdigheid met EU-recht van art. 10d, lid 5, zie hierna.

Ad 2: Interest- en royaltyrichtlijn

Tijdens de parlementaire behandeling is de wetgever tevens ingegaan op de vermeende strijdigheid van art. 10d met de Interest- en royaltyrichtlijn.²⁷⁴ Weber dedigt dat de Interest- en royaltyrichtlijn een systeem hanteert van aftrek in de lidstaat van betaling en belastingheffing in de lidstaat van ontvangst.²⁷⁵ Weber baseert zijn stelling mede op art. 3, lid 1, onderdeel d, ontwerp Interest- en royaltyrichtlijn (1998).²⁷⁶ In dit artikel is bepaald dat een vaste inrichting als uitbetaler van een interest- of royaltybetaling wordt aangemerkt als deze betaling voor hem een aftrekbaar bedrijfsuitgave vormt. De definitieve richtlijn kent een vergelijkbare bepaling, te weten art. 1, lid 3. De wetgever wijst er – mijns inziens terecht – op, dat deze regeling slechts een criterium geeft op grond waarvan een interest- of royaltybetaling aan een vaste inrichting moet worden toegerekend. Deze bepaling beoogt evenwel niet voor te schrijven dat de rente in aftrek moet komen bij de rentebetaler. Dit artikel ziet slechts op een vrijstelling van belasting in de bronstaat en niet van een recht van aftrek in de bronstaat.²⁷⁷

274. De leden van het parlement wezen in dit kader op een publicatie van Weber, Weber, D.M.; Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen, WFR 2003/315.

275. Vergelijk tevens Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W.; Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving, MBB 2003/350, die de opvatting van Weber onderschrijven. Zij stellen namelijk dat door het niet verlenen van aftrek de interestuitkeringen feitelijk worden belast met vennootschapsbelasting.

276. Weber wijst in dit verband tevens nog op art. 5 van de ontwerp-richtlijn, die kort samengevat mede thin-capitalisationbepalingen zonder tegenbewijsregelingen verbodt. Deze bepaling is echter niet opgenomen in de definitieve Interest- en royaltyrichtlijn. Anders dan Brandsma lees ik niet in punt 5 van de preambule dat thin-capitalisationbepalingen niet zijn toegestaan. Dit punt luidt als volgt: *'De regelingen dienen uitsluitend van toepassing te zijn op het eventuele bedrag aan interest of royalty's dat zonder een bijzondere verhouding tussen de betaler en de uiteindelijk gerechtigde zou zijn overeengekomen'*. Brandsma wijst voorts nog op punt 3 van de preambule, waarin wordt aangegeven dat uitkeringen van interest en royalty's slechts eenmaal worden belast. Hoewel er economisch bezien inderdaad sprake is van dubbele heffing – hetgeen ook ik economisch onwenselijk acht – ben ik van mening dat het voorkómen van dergelijke dubbele heffing, resulterend in een verbod van alle renteaftrekbepalingen, niet de insteek is geweest van de richtlijn. In gelijke zin Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 126-128.

277. Vergelijk Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 15.

Belastingplichtige is groepsmoeder

In paragraaf 7.5.4.1 gaf ik aan dat het verdedigbaar is om als 'de jaarrekening' van de belastingplichtige uit te gaan van de geconsolideerde jaarrekening. Indien de belastingplichtige tevens groepsmoeder is, is de balans van de belastingplichtige per definitie gelijk aan de balans van de groep. Dit betekent dat de belastingplichtige door toepassing van de groepstoets geen last heeft van de thin-capitalisationwetgeving. Dit geldt dan voor alle situaties waarin de belastingplichtige tevens moeder is van de groep. Dit voordeel doet zich derhalve alleen voor indien de groepsmoeder in Nederland is gevestigd. Anders geformuleerd, hebben concerns waarvan de groepsmoeder in Nederland is gevestigd geen last van Nederlandse thin-capitalisationwetgeving. Indien de groepsmoeder daarentegen niet in Nederland is gevestigd maar in het buitenland, geldt dit voordeel niet. De groepstoets kan wel uitkomst brengen, maar leidt niet per definitie tot het niet van toepassing zijn van de thin-capitalisationwetgeving. Daarmee zijn concerns met een Nederlands groepshoofd beter af dan concerns met een buitenlands groepshoofd. Er bestaat op dit punt een aanzienlijk risico dat de Nederlandse thin-capitalisationwetgeving strijdig moet worden geacht met EU-recht. Een rechtvaardiging acht ik niet aanwezig.

Lankhorst-Hohorst

Voorts is in de parlementaire geschiedenis de vraag gesteld of de Nederlandse wetgeving, gelet op het arrest Lankhorst-Hohorst (inzake Duitse thin-capitalisationwetgeving), wel in overeenstemming is met EU-recht.^{278, 279} Het HvJ EG oordeelde dat de Duitse regeling strijdig was met EU-recht. De wetgever geeft – mijns inziens terecht – aan dat de Nederlandse wetgeving op een belangrijk punt afwijkt van de Duitse wetgeving. De Duitse regelgeving zag namelijk slechts op rentebetalingen aan niet in Duitsland gevestigde gelieerde bedrijven. De Nederlandse wetgeving maakt – behoudens het hier onder ad 1 behandelde verschil – geen onderscheid tussen binnen- en buitenland.

Berekening voorkoming dubbele belasting

Door art. 10d, lid 10 wordt de financieringsvrijheid van de belastingplichtige ingekaderd. Deze beperking acht Brandsma niet terecht. Hij stelt daarom een systeem voor waarin de niet in aftrek gebrachte rente wordt gestald en wordt opgeteld bij de rente van het daaropvolgende jaar.²⁸⁰ Hoewel in dit systeem geen (fictieve) 10d-rente op het niveau van de vaste inrichting verloren gaat, is het de vraag in hoeverre belastingplichtigen voordeel hebben van deze benadering. Immers, indien de vermogensverhoudingen niet wijzigen, blijft art. 10d, lid 10 de voorkomingswinst verkleinen en wordt meer rente gestald. Deze gestalde rente komt dan feitelijk bezien niet in aftrek totdat de fictieve beperking van renteaftrek op het niveau van de vaste inrichting lager is dan de feitelijke beperking van renteaftrek op het niveau van de belastingplichtige. Bovendien dient voor een aanpassing van het systeem de prealabele vraag

278. HvJ EG, 12 december 2002, C-324/00 (Lankhorst-Hohorst), BNB 2003/170.

279. Nota navnv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 16.

280. Vergelijk Brandsma, R.P.C.W.M.; Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004, blz. 105.

te worden beantwoord in hoeverre art. 10d, lid 10 in overeenstemming is met EU-recht, in het bijzonder met de vrijheid van vestiging.

Door een deel van de activiteiten uit te oefenen door middel van een vaste inrichting, is de belastingplichtige slechter af dan indien hij alle activiteiten in Nederland zou hebben verricht. Dit komt voort uit het feit dat Nederland te weinig voorkoming van dubbele belasting geeft. In beginsel is het niet in strijd met EU-recht om in een wettelijke regeling een antimisbruikbepaling op te nemen, mits hierbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse situaties. Van belang is wel dat indien een tegenbewijsregeling is opgenomen, deze tegenbewijsregeling eveneens een reële mogelijkheid van tegenbewijs biedt voor buitenlandse situaties.²⁸¹ Bovendien is van belang dat het geen generieke antimisbruikbepaling is, maar dat de bepaling voldoende specifiek is.²⁸² In de situatie waarin het buitenland een met Nederland vergelijkbaar systeem hanteert, ontstaat juridisch dubbele heffing; dat is dubbele heffing op het niveau van de belastingplichtige. Het land waar de vaste inrichting is gevestigd, heft immers over de winst van de vaste inrichting. Nederland heft (bij dezelfde belastingplichtige) over dezelfde winst door het verlenen van een geringere voorkoming van dubbele belasting. Deze benadering acht ik mogelijk strijdig met EU-recht; in het bijzonder met de vrijheid van vestiging, art. 43 EG-Verdrag. Een rechtvaardiging acht ik niet aanwezig. Dit geldt mijns inziens eveneens voor de situatie waarin het land waar de vaste inrichting is gevestigd geen thin-capitalisationwetgeving kent. In wezen gaat Nederland dan namelijk 'bijheffen', hetgeen ingevolge HvJ EG 26 oktober 1999, BNB 2001/394 (Eurowings) niet is toegestaan.²⁸³

Ten slotte wijs ik in meer algemene zin op HvJ EG, 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Egon Schempp). In dit arrest overwoog het HvJ EG dat het een lidstaat is toegestaan om de fiscale behandeling (i.c. de aftrekbaarheid) van een alimentatiebetaling af te laten hangen van de fiscale behandeling (i.c. de belastbaarheid) van de alimentatieontvangst in de andere lidstaat. Dit lijkt lidstaten op het eerste gezicht ruimte te bieden voor voorwaardelijke tegemoetkomingen. Daarmee komt de vraag op in hoeverre dit arrest gevolgen heeft voor mijn constatering dat art. 10d, lid 10 mogelijk strijdig

281. Zie Kiekebeld, B.J.; WFR 2003/194, WFR 2003/914.

282. Vergelijk in dit verband HvJ EG, 17 juli 1997, BNB 1998/32 (Leur-Bloem), in het bijzonder r.o. 48. Aldaar overwoog het HvJ dat de vaststelling van een voorschrift van algemene strekking waarbij bepaalde categorieën van rechtshandelingen automatisch van het belastingvoordeel worden uitgesloten, ongeacht of er werkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking, verder gaat dan noodzakelijk is om een dergelijke belastingfraude of -ontwijking te voorkomen. Hoewel BNB 1998/32 ziet op de Fusierichtlijn, zou ten aanzien van de beantwoording van de vraag of een bepaalde nationale bepaling strijdig moet worden geacht met het EG-Verdrag mijns inziens hetzelfde moeten gelden.

283. In BNB 2001/394 overwoog het HvJ EG dat een eventueel fiscaal voordeel voor dienstverrichters in de vorm van een lagere belastingdruk in de lidstaat waar zij zijn gevestigd, verleent een andere lidstaat niet het recht om de op zijn grondgebied gevestigde ontvangers van de dienst fiscaal minder gunstig te behandelen. Dat het in Eurowings om vrij verkeer van diensten ging en in de situatie van art. 10d over de vrijheid van vestiging en een situatie van een lagere voorkoming waardoor effectief meer wordt geheven, doet hieraan mijns inziens niet af.

moet worden geacht met EU-recht. Deze vraag kan ook worden gesteld voor de tegenbewijsmogelijkheid van art. 10a, lid 3, onderdeel b, alsmede de voor art. 10a, lid 1 geldende tegenbewijsmogelijkheid, vergelijk paragraaf 6.7. Ik ben van mening dat BNB 2005/342 waarschijnlijk geen gevolgen heeft voor de strijdigheid van deze bepalingen. Anders dan in BNB 2005/342 is bij deze bepalingen namelijk geen sprake van strijdigheid met art. 12 EG-Verdrag (discriminatie naar nationaliteit), maar van strijdigheid met art. 43 (vrijheid van vestiging) en art. 56 EG-Verdrag (vrijheid van kapitaalverkeer).²⁸⁴

Kwantificering niet-aftekbare rente

Ten aanzien van de kwantificering van de niet-aftekbare rente kan art. 10d in combinatie met art. 15a onevenwichtig uitwerken. In de situatie dat er wel sprake is van een groep is het denkbaar dat het voor een belastingplichtige aantrekkelijk is om een 100%-dochtervennootschap waaraan leningen zijn verschuldigd te voegen. Door de voeging verdwijnt de schuld van de balans van de belastingplichtige, waardoor het vreemd vermogen van belastingplichtige daalt. Voeging van een 100%-dochtervennootschap in een fiscale eenheid met een Nederlandse moeder is – kort samengevat – slechts mogelijk indien beide vennootschappen in Nederland zijn gevestigd, vergelijk art. 15, lid 2, onderdeel c.²⁸⁵ De voeging van een 100% in een andere EU-lidstaat gevestigde vennootschap (zonder vaste inrichting) is derhalve niet mogelijk. Dit betekent dat de belastingplichtige met een buitenlandse 100%-dochter (situatie 1) slechter af kan zijn dan een belastingplichtige met een binnenlandse 100%-dochter (situatie 2). Of voeging voordelig is, staat mijns inziens niet zonder meer vast. Voeging kan namelijk ook leiden tot een negatieve waardesprong, wat resulteert in een daling van het eigen vermogen van de belastingplichtige. Omdat de belastingplichtige in situatie 1 slechter af kan zijn dan in situatie 2, is art. 10d in combinatie met art. 15 mogelijk strijdig met EU-recht, meer in het bijzonder met art. 43 (en wellicht art. 56 EG-Verdrag indien deze bepaling ook ziet op 100%-deelnemingen). Het is namelijk niet noodzakelijk dat men in situatie 1 altijd slechter af is dan in situatie 2. De kans op nadeel is voldoende voor mogelijke strijdigheid.

7.8.3 *Dividendbelasting en deelnemingsvrijstelling*

Onder de secundaire toets valt tevens de beoordeling van art. 10d in het licht van de dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling. Deze twee toetsingscriteria spelen voor art. 10d evenwel geen rol van betekenis. Nu art. 10d slechts ziet op de beperkingen van renteaftrek van leningen, zal normaliter geen samenloop optreden tussen de beperking van rente op grond van de individuele toets en dividendbelasting en deelnemingsvrijstelling. Slechts bij de groepstoets kan op deze punten samenloop optreden. Een goed voorbeeld hiervan is de hybride lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d. Zo'n lening kan namelijk onder de deelnemingsvrijstelling vallen (art. 13, lid 3, onderdeel b). Voorts kan de rentebetaling op een hybride lening onderworpen zijn aan dividendbelasting, art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965. Voor toepassing van de in-

284. In gelijke zin de reactie van Vakstudie-Nieuws in V-N 2005/36.14 (=BNB 2005/342).

285. Ik abstraheer hier van situaties ex art. 15, lid 4.

dividuele toets kwalificeert de hybride lening ingevolge art. 10d, lid 7 niet als geldlening.²⁸⁶ In de commerciële jaarrekening zal een hybride lening daarentegen in beginsel worden aangemerkt als vreemd vermogen indien een bepaalde looptijd is overeengekomen (RJ 115.102). Een lening die meetelt als vreemd vermogen voor de groepstoets, kan dus fiscaal onder de deelnemingsvrijstelling vallen en onder de dividendbelasting. Dit is inherent aan de tweeslachtige benadering van de wetgever.

Een ander voorbeeld betreft het preferente aandeel. Fiscaalrechtelijk kwalificeert een dergelijk aandeel in beginsel als eigen vermogen, ook voor toepassing van art. 10d. De dividenden die de vennootschap uitkeert zijn dan niet aftrekbaar. Bij de ontvanger valt een dergelijk voordeel onder de deelnemingsvrijstelling, mits aan de overige voorwaarden van art. 13 is voldaan. Ook zijn dividenden op een dergelijk aandeel onderworpen aan dividendbelasting. In de commerciële jaarrekening wordt onder omstandigheden evenwel anders tegen een (cumulatief) preferent aandeel aangekeken. Een preferent aandeel kwalificeert commercieel als vreemd vermogen indien is voorzien in een verplichte aflossing door de emittent van een vast of bepaalbaar bedrag op een vaste of bepaalbare toekomstige datum, of indien de houder het recht heeft de emittent te verplichten tot aflossing van het aandeel op of na een bepaalde datum tot een vast of bepaalbaar bedrag. Een instrument wordt in het algemeen jaarrekeningtechnisch slechts dan als eigen vermogen geclassificeerd als er geen aflossingsverplichting bestaat en het onwaarschijnlijk is dat deze zal ontstaan.²⁸⁷ In de hiervoor beschreven situatie bestaat er voor de vennootschap in beginsel geen mogelijkheid om de aflossing tegen te houden. Daarmee kwalificeert een dergelijk aandeel als een verplichting (vreemd vermogen) en niet als eigen vermogen. Overigens is het de vraag in hoeverre een preferent aandeel fiscaal nog als eigen vermogen heeft te gelden indien er een (soort) aflossingsverplichting bestaat. Gelet op BNB 1988/217 zal naar verwachting de civielrechtelijke vorm moeten worden gevolgd. Ik acht het denkbaar dat het bestaan van een soort aflossingsverplichting leidt tot de her kwalificatie van eigen vermogen tot vreemd vermogen.²⁸⁸ Voor zover mij bekend, heeft de Hoge Raad zich nog niet over deze vraag hoeven uitlaten. Uitgaande van fiscaalrechtelijke her kwalificatie zou er op dit punt geen verschil bestaan tussen het commerciële en het fiscale vermogensbegrip.

Een dergelijk verschil bestaat ten aanzien van een commerciële jaarrekening opgesteld onder IAS/IFRS mijns inziens wel indien de preferentie van een aandeel ziet op de vergoeding. Het preferente aandeel geeft dan recht op een vooraf bepaald vast percentage, eventueel onder de conditie dat er (voldoende) winst wordt gemaakt of dat zekere reserves een bepaalde omvang hebben. In zo'n situatie bestaat er – uitgaande van een winstsituatie – voor de vennootschap niet de mogelijkheid om de

286. Overigens kwalificeert de hybride lening evenmin als eigen vermogen voor toepassing van de individuele toets, vergelijk NvW, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 17-18.

287. Het voorgaande kan worden afgeleid uit RJ 290.206.

288. Hierbij wijs ik op HR 25 november 2005, BNB 2006/82, alwaar voor de deelnemerschapslening is bepaald dat een looptijd van meer 50 jaar kwalificeert als 'geen vaste looptijd en slechts op-eisbaar bij liquidatie, etc.'.

dividenduitkering tegen te houden. Dergelijke aandelen werden onder Dutch GAAP/RJ normaliter aangemerkt als eigen vermogen.²⁸⁹ Onder IFRS worden bepaalde soorten preferente aandelen daarentegen niet langer aangemerkt als eigen vermogen, maar als vreemd vermogen, vergelijk paragraaf 7.5.6. In deze situaties ontstaat er een discrepantie tussen de fiscale kwalificatie en de jaarrekeningtechnische kwalificatie.

7.9 Wijziging thin-capitalisationwetgeving in verband met het wetsvoorstel 'Werken aan winst'

In paragraaf 7.4.3.3 besteed ik aandacht aan de opvallende opmerking van de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van art. 10d dat een financial-leaseovereenkomst niet kwalificeert als een geldlening ex art. 10d, lid 7.²⁹⁰ Dit brengt onder meer met zich dat – afgezien van de groepstoets – leasemaatschappijen veelal worden geconfronteerd met beperking van de renteaftrek. Aan de andere kant ligt het voor de hand dat leaseschulden niet als schulden voor toepassing van art. 10d kwalificeren, hetgeen voor belastingplichtigen positief uitwerkt in de berekening van het teveel aan vreemd vermogen. In de MvT bij het wetsvoorstel 'Werken aan winst' geeft de wetgever aan dat van leasemaatschappijen signalen zijn ontvangen dat zij daar problemen mee ondervinden.²⁹¹ Dit heeft de staatssecretaris ertoe gebracht art. 10d (wv) te wijzigen in de zin dat het begrip geldleningen wordt uitgebreid met vorderingen en schulden die berusten op een overeenkomst die in economische zin vergelijkbaar is met een overeenkomst van geldlening. Hierbij wijst de staatssecretaris in de MvT expliciet op financial lease en huurkoop.²⁹²

Deze wijziging – die in de regel positief zal uitwerken voor leasemaatschappijen – kan voor andere belastingplichtigen negatief uitwerken, indien deze financial-lease-schulden hebben. Thans vallen deze schulden volgens de staatssecretaris namelijk niet onder het bereik van art. 10d. Onder de voorgestelde wettekst is dit dus anders. Ik acht het redelijk dat ook financial-leasevorderingen en -schulden onder het bereik vallen van art. 10d (wv). Wel merk ik op dat het mijns inziens aanbeveling verdient dat de staatssecretaris bij nieuwe wetgeving vooraf een weldoordachte lijn kiest. Nu wordt namelijk drie jaar na invoering van art. 10d op het punt van de financial leases ineens voor een volledig tegengestelde benadering gekozen. Een dergelijk beleid acht ik vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid niet gewenst.²⁹³ In dit verband is het belangrijk te constateren dat er overgangsrecht wordt voorgesteld voor schulden

289. Vergelijk RJ 240.241.

290. Zie Bijvoegsel, Schriftelijke antwoorden van de staatssecretaris van 9 december 2003, EK, blz. 11-517 (vraag 132).

291. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 50. In dit verband verwijst de wetgever naar Verslag, TK, 2005-2006, 30 107, blz. 18.

292. MvT, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 50 en 53.

293. In dit verband wijs ik ook op de gang van zaken bij de hybride leningwetgeving. Deze wetgeving is per 1 januari 2002 ingevoerd, is vervolgens per 1 januari 2003 aangepast en wordt mogelijk per 1 januari 2007 afgeschaft. Voorts wijs ik op de bestrijding van BV 1-BV 2-structuren (zie paragraaf 6.11.8). Hoewel het lovenswaardig is dat de staatssecretaris eerder gemaakte fouten herstelt, dient een dergelijk zwakend beleid de rechtszekerheid niet. Dit heeft vanzelfsprekend de nodige (nadelige) implicaties voor het vestigingsklimaat.

die voortvloeien uit een overeenkomst aangegaan vóór 2007.²⁹⁴ Deze blijven kwalificeren als niet-geldlening en tellen dus niet mee als schuld voor toepassing van art. 10d. Dit overgangsrecht geldt slechts voor de lessee (de debiteur). Voor de lessor (crediteur) heeft de wijziging directe werking en tellen financial-leasevorderingen direct als vordering voor toepassing van art. 10d.²⁹⁵

Voor nader commentaar op de uitbreiding van art. 10d met onder andere financial-leaseverplichtingen verwijs ik naar paragraaf 6.11.4.

Verder bevestigt de minister in de Nota navv dat een lening die feitelijk functioneert als eigen vermogen onder de voorgestelde regeling ook voor de toepassing van art. 10d kwalificeert als eigen vermogen.²⁹⁶ Ten slotte vervalt in de eerste NvW bij 'Werken aan winst' logischerwijs de verwijzing naar art. 14a, lid 8, art. 14b, lid 6 en art. 15ad. Deze wijziging houdt verband met het vervallen van deze artikelen en verzuimd was om dit vervallen te laten doorwerken naar art. 10d, lid 7.²⁹⁷

7.10 Conclusie en samenvatting

Art. 10d sluit rente in aftrek uit indien een vennootschap met teveel vreemd vermogen is gefinancierd: thin capitalisation. De invoering van deze wetgeving vormt een reactie op een uitspraak van het HvJ EG van 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal Holding BV). Kort samengevat concludeerde het HvJ EG dat de tot 1 januari 2004 in art. 13, lid 1 opgenomen kostenaftrekbeperking strijdig is met EU-recht. Dit hield (kort samengevat) in, dat Nederland niet slechts kosten ter zake van binnenlandse deelnemingen in aftrek moet toestaan, maar ook kosten ter zake van EU- en EER-deelnemingen, hetgeen een aanzienlijke budgettaire derving betekende. Een van de reparatiemaatregelen om deze budgettaire derving goed te maken, is de invoering van art. 10d met ingang van 1 januari 2004. Aan de hand van deze doelstelling van de wetgever heb ik deze bepaling onderzocht en voorts onderworpen aan de primaire en secundaire toets.

Op het punt van de rechtvaardigheid scoort art. 10d mijns inziens niet goed. Art. 10d geldt namelijk in beginsel ook voor puur binnenlandse situaties, waarin wel rente in aftrek wordt beperkt, maar de rentebaten 'gewoon' worden belast. In zo'n situatie treedt economisch dubbele heffing op, terwijl van uithollen van de belastinggrondslag geen sprake is. Tevens wijs ik op mogelijk nadelige gevolgen van de voeging van een deelneming in een fiscale eenheid. Voorts kan ook in internationale situaties

294. Art. VIIIb geldt voor alle overeenkomsten die met een geldlening vergelijkbaar zijn en die zijn aangegaan vóór 1 januari 2007. Brandsma en Pancham wijzen er terecht op dat de minister kennelijk niet bevreesd is voor anticipatiegedrag, Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R.; Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064. In gelijke zin Schuver-Bravenboer, M.; Werken aan overgangsrecht: zuivere winst, WFR 2006/988.

295. NvW, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 6 en 18-19.

296. Nota navv, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 84-85.

297. NvW, TK, 2005-2006, 30 572, blz. 3 en 13.

economisch dubbele heffing optreden, hetgeen ik eveneens onacceptabel vind. In art. 10d is namelijk niet voorzien in een tegenbewijsregeling vergelijkbaar met art. 10a, lid 3, onderdeel b (compenserende heffing). De dubbele heffing komt mede voort uit het feit dat art. 10d in eerste aanleg geldt voor de rente op alle leningen. Slechts indien rentestromen in Nederland ten laste van de winst worden gebracht, terwijl de rentebaten op het niveau van de crediteuren (voornamelijk) niet of nauwelijks worden belast, ontstaat het risico van de uitholling van de belastinggrondslag. Slechts in dergelijke situaties acht ik het gerechtvaardigd om maatregelen te treffen.

De bestaande 'tegenbewijsregelingen' van lid 3 en lid 5/6 bieden mijns inziens te weinig tegemoetkoming. Lid 3 maximeert de beperking van renteaftrek tot het saldo van betaalde en ontvangen rente aan en op geldleningen van en aan verbonden lichamen. Daarmee is een vennootschap die alleen van derden leent beter af dan een vennootschap die alleen van verbonden lichamen leent, maar overigens in een vergelijkbare situatie verkeert. Dat de vennootschap die van verbonden lichamen leent ook van onafhankelijke derden had kunnen lenen, is in dit verband niet relevant. Deze benadering is mijns inziens bedrijfseconomisch ongewenst. Een concern wordt hierdoor namelijk min of meer gedwongen (of vriendelijker gezegd: gestimuleerd) om – in plaats van (direct) binnen het concern te lenen – de oorspronkelijke crediteur eerst de gelden uit te laten lenen aan een bank om vervolgens de debiteur via een (andere) bank de geldlening te laten opnemen. Voorwaarde is wel dat de bank niet slechts geldt als tussenschakel.

Een andere onvolkomenheid van art. 10d betreft het feit dat de financieringsvrijheid van een onderneming wordt doorkruist. Dit brengt het risico met zich dat de economisch optimale verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen wordt verstoord. Indien zulks het geval is, ontstaat er een 'excess burden'. In dit verband wijs ik voorts op het arbitraire karakter van de verhouding 3:1. Een andere verdeling was evenzeer mogelijk geweest, die overigens ook verstorend zou kunnen zijn.

Een ander onrechtvaardig punt is mijns inziens het gegeven dat geldleningen u/g wel het teveel aan vreemd vermogen verminderen, maar niet de rente als genoemd in lid 1. Deze rente wordt namelijk niet salderend bepaald. Dit betekent dat het voor een belastingplichtige aantrekkelijker is om leningen u/g afgelost te krijgen en met de verkregen gelden de verschuldigde geldleningen af te lossen. Deze structuurfout in art. 10d is niet alleen onrechtvaardig, maar kan tevens economisch verstorend werken. Belastingplichtigen worden immers gestimuleerd om leningen u/g af te laten lossen en om leningen o/g af te lossen. Een economisch optimum kan hierdoor worden verstoord. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de wetgever aangegeven dat een financial-leaseovereenkomst niet kwalificeert als een geldlening ex art. 10d, lid 7. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt voorgesteld het begrip geldleningen uit te breiden met vorderingen en schulden die berusten op een overeenkomst die in economische zin vergelijkbaar is met een overeenkomst van geldlening.

De beperking van de renteaftrek kan afhangen van de mate van diversificatie op het niveau van de groepsmoeder. Denkbaar is de situatie dat in de branche van de belas-

tingplichtige financiering met veel vreemd vermogen gebruikelijk is, maar dat de groepsmoeder met minder vreemd vermogen is gefinancierd omdat deze groepsmoeder voorts belangen houdt in vennootschappen die financiering met meer eigen vermogen vereisen. Alsdan biedt de groepstoets geen soelaas in de situatie van belastingplichtige. Hiermee kan art. 10d in potentie een negatief gevolg hebben voor de mate van diversificatie.²⁹⁸ Dit zou mijns inziens kunnen worden opgelost door een additionele tegenbewijsregeling te introduceren.

Het gebruik van het groepsbegrip van art. 2:24b BW leidt tot rechtsonzekerheid. Dit komt mede voort uit de onduidelijkheid van dit begrip. Daarnaast wijs ik er op dat ik het niet meenemen van de fiscale reserves bij het bepalen van het fiscale eigen vermogen onredelijk acht.

Art. 10d bereikt in grote lijnen bijvoorbeeld waarvoor het in het leven is geroepen, namelijk het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag. Op bepaalde punten bestaat evenwel de mogelijkheid om de toepasselijkheid van art. 10d te omzeilen. Dit geldt zowel voor de individuele toets als voor de groepstoets. Ontwijking is vooral mogelijk door bij het begin en het einde van het boekjaar een hoger eigen of een lager vreemd vermogen te presenteren. Behoudens uitzonderlijke situaties acht ik *fraus legis* niet van toepassing en verwacht ik dat ook een beroep op een teleologische wetsinterpretatie de fiscus niet zal baten. Ik acht een wetsaanpassing wenselijk.

Voorts wijs ik nog op de mogelijkheid om Sara Kreek-achtige structuren op te zetten. In art. 15ac, lid 5 is art. 10d namelijk niet uitgesloten. Het niet opnemen van art. 10d in art. 15ac, lid 5 lijkt mij een omissie van de wetgever. Ik acht het wenselijk dat de wetgever deze nalatigheid herstelt. Een ander kritiek punt ten aanzien van art. 10d betreft de afhankelijkheid van de invulling van commerciële begrippen. Daarmee geeft de fiscale wetgever de directe invloed uit handen. Slechts door wetwijzigingen kan de wetgever reageren op zijns inziens onwenselijke wijzigingen die bijvoorbeeld worden geïnitieerd door de RJ en/of de IASB.

Ik ben van mening dat art. 10d in overeenstemming is met art. 9 OESO-Modelverdrag. Verder wijs ik nog op de mogelijke strijdigheid van de thin-capitalisationwetgeving met EU-recht. Het betreft de volgende vier punten:

- Groepsbegrip en fiscale eenheid: indien de groep gelijk is aan de fiscale eenheid, vindt art. 10d geen toepassing. Omdat een fiscale eenheid (kort samengevat) slechts mogelijk is in binnenlandse situaties, doet zich mogelijk strijdigheid voor.
- Belastingplichtige is groepsmoeder: voor de groepstoets moet de balans van de groep worden vergeleken met de balans van de belastingplichtige. Het is verdedigbaar te stellen dat de geconsolideerde balans van de belastingplichtige kwalificeert als de balans van de belastingplichtige. Alsdan is de balans van de belastingplichtige per definitie gelijk aan de balans van de groep en doet art. 10d zich

298. De fiscaliteit is geenszins (zonder meer) een allesbepalende factor. Wel kan van de fiscaliteit mijns inziens invloed worden verwacht op ondernemingsbeslissingen.

niet voor. Deze benadering is slechts mogelijk indien de tophoudster van het concern in Nederland is gevestigd en is daarmee mogelijk strijdig met EU-recht.

- Berekening voorkoming dubbele belasting: in de situatie waarin het buitenland een met Nederland vergelijkbaar systeem (van thin capitalisation) hanteert, ontstaat juridisch dubbele heffing. Het land waar de vaste inrichting is gevestigd, heft namelijk over de winst van de vaste inrichting. Nederland heft (bij dezelfde belastingplichtige) over dezelfde winst door het verlenen van een geringere voorkoming van dubbele belasting. Deze benadering is mogelijk strijdig met EU-recht.
- Kwantificering niet-aftrekbare rente: voor een belastingplichtige kan het aantrekkelijk zijn om een 100%-dochtervennootschap waaraan leningen zijn verschuldigd te voegen in een fiscale eenheid. Omdat een fiscale eenheid (kort samengevat) slechts mogelijk is in binnenlandse situaties, doet zich mogelijk strijdigheid voor.

De wetgever is van mening dat de invoering van art. 10d per saldo slechts een beperkte lastenverzwaring van € 1 mln. inhoudt. Gelet op de complexiteit van de regeling, alsmede de onduidelijkheid van bepaalde begrippen acht ik hogere uitvoeringslasten evenwel geenszins uitgesloten. De lastenverzwaring die verband houdt met het volgen van het groepsbegrip ex art. 2:24b BW kan mijns inziens aanzienlijk worden gemitigeerd door uit te gaan van fiscaal meer bekende begrippen. Hiertoe staan verschillende opties open. Voor de hand liggend is het verbondenheidscriterium van art. 10a, lid 4. Ook kan worden gedacht aan art. 8b of het fiscale-eenheidsbegrip in de omzetbelasting.

HOOFDSTUK 8

Categorisering renteaftrekbeperkingen en alternatieve systemen

8.1 Inleiding

In de hoofdstukken 3 tot en met 7 heb ik diverse renteaftrekbeperkende maatregelen behandeld en getoetst aan de hand van het in hoofdstuk 1 ontworpen toetsingskader. In dit hoofdstuk categoriseer ik deze getoetste renteaftrekbeperkingen (vergelijk deel 1 van mijn probleemstelling in paragraaf 1.3.2 en zie ook hierna in paragraaf 8.2.1). Aan de hand van mijn bevindingen en dit toetsingskader ontwikkel ik vervolgens een systeem waarbij zoveel mogelijk tegemoet wordt gekomen aan de in de voorgaande hoofdstukken gesignaleerde bezwaren van het huidige systeem. Hiermee beantwoord ik het tweede deel van mijn probleemstelling in paragraaf 1.3.2, zie ook hierna in paragraaf 8.2.1.

In dit hoofdstuk zet ik allereerst in paragraaf 8.2 nogmaals het toetsingskader uiteen. Hierbij besteed ik ook aandacht aan het toetsingskader van de alternatieven. In de paragrafen 8.3 en 8.4 is vervolgens een samenvattende conclusie opgenomen van de bevindingen uit voorgaande hoofdstukken. Hierbij geef ik een overzicht van de renteaftrekbeperkingen, de reden voor hun bestaan en de mate waarin de regelingen voldoen aan het toetsingskader. Tevens worden de aftrekbeperkingen gecategoriseerd en nader geduid. Vervolgens presenteer ik in paragraaf 8.5 alternatieven voor het huidige stelsel.¹ Hierbij onderscheid ik oplossingen waarbij wordt uitgegaan van een gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen en oplossingen waarbij geen gelijke behandeling bestaat. In paragraaf 8.6 ga ik nader in op het door mij voorgestane alternatief. Hierin schets ik het voorgestelde stelsel en geef ik invulling aan de verschillende begrippen. Vervolgens onderzoek ik het stelsel nader in paragraaf 8.7, en reken ik aan de hand van een model de gevolgen van een dergelijk stelsel door op microniveau. Voorts onderwerp ik het door mij voorgestane alternatief aan een nadere primaire en secundaire toetsing. In paragraaf 8.8 besteed ik aan-

1. Ik besteed op dit punt geen aandacht aan het wetsvoorstel 'Werken aan winst' aangezien dit geen fundamentele oplossingen biedt. Voor mijn commentaar op dit wetsvoorstel verwijs ik naar de voorgaande hoofdstukken.

dacht aan mogelijke bezwaren tegen het door mij voorgestane alternatief. Het hoofdstuk wordt ten slotte afgesloten met een conclusie.

8.2 Toetsingskader

8.2.1 Toetsingskader

Fiscaaltechnische toetsen

De centrale probleemstelling van dit onderzoek heb ik geformuleerd in hoofdstuk 1. Deze probleemstelling valt in twee onderdelen uiteen en luidt als volgt:

1. Welke renteaftrekbeperkingen bestaan er voor de vennootschapsbelasting, hoe is aan deze aftrekbeperkingen vormgegeven en waarom bestaan deze aftrekbeperkingen in hun huidige vorm?
2. Voldoet het huidige systeem van de behandeling van vermogen met daarin de discriminatie van de vergoeding voor eigen vermogen ten opzichte van de vergoeding voor vreemd vermogen en zo nee, welk alternatief bestaat of alternatieven bestaan er voor het huidige regime?

De verschillende renteaftrekbeperkingen heb ik getoetst aan de hand van drie criteria:

1. rechtvaardigheid; gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld, de wet bevat geen overkill en pakt niet willekeurig uit voor belastingplichtigen;
2. effectiviteit; de geformuleerde doelstellingen van fiscaal beleid dienen daadwerkelijk te worden gerealiseerd;
3. efficiëntie; de gestelde doelstellingen dienen te worden verwezenlijkt met zo weinig mogelijk uitvoeringskosten.

De toetsing aan deze drie criteria heb ik aangeduid als de '*primaire toets*'.

Indien een alternatief slaagt voor de primaire toets, werkt dit alternatief evenwichtig uit voor de vennootschapsbelasting. Het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen speelt evenwel ook op andere punten, vergelijk in dit kader bijvoorbeeld paragraaf 1.2.2. Zo kan een bepaalde renteaftrekbeperking haar uitwerking hebben op andere bepalingen en op andere belastingen.² Voorts kunnen bepaalde regelingen doorwerken naar internationale belastingverdragen; denk aan het onderscheid tussen art. 10 (dividendartikel) en art. 11 (renteartikel) OESO-Modelverdrag. Om tot een gefundeerde oplossing/afweging te komen voor een evenwichtig stelsel van de fiscale behandeling van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen, wordt er naast de primaire toets daarom nagegaan hoe een renteaftrekbeperking uitwerkt op:

2. Ter illustratie wijs ik op art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965, inzake de rentevergoeding op een hybride lening ex art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969. Waar ik hierna verwijs naar een wettelijke bepaling verwijs ik naar de Wet Vpb 1969, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven.

1. de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting;
2. het EU-recht;
3. de dividendbelasting; en
4. de deelnemingsvrijstelling.

Het toetsen van een renteaftrekbepkering op deze vier gebieden noem ik de *secundaire toets*.

Macro-economische toetsing

Naast de in hiervoor genoemde fiscaaltechnische toetsen is het van belang dat het systeem van behandeling van vermogen economisch evenwichtig uitwerkt. In hoofdstuk 2 ben ik ingegaan op deze problematiek. Ik kwam daar tot de conclusie dat het huidige stelsel vanuit de economische theorie onder meer de volgende twee verstoringen met zich brengt:

1. het stimuleren van financiering met vreemd vermogen boven financiering met eigen vermogen; en
2. het stimuleren van interne financiering met eigen vermogen boven externe financiering met eigen vermogen.³

Ad 1: Discriminatie eigen vermogen ten gunste van vreemd vermogen

Dergelijke verstoringen zijn nadelig voor de (Nederlandse) economie. In paragraaf 2.4 heb ik dienaangaande geïllustreerd dat verstoringen door belastingen een welvaartverlies (excess burden, welfare cost of deadweight loss) ontstaat. Een belasting die de relatieve prijs van (kapitaal)goederen verandert, is inefficiënt. Deze leidt namelijk tot een welvaartverlies dat groter is dan strikt noodzakelijk om een bepaald bedrag aan belasting te innen. Deze discrepantie komt voort uit het feit dat in fiscaal opzicht rente wel en dividend niet als kostenpost wordt aangemerkt, althans in Nederland. (Bedrijfs)economisch bestaat zo'n onderscheid niet.⁴ De huidige fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen is derhalve volgens de economische theorie inefficiënt. Een van de criteria voor een nieuw stelsel is daarom dat dit nieuwe stelsel op dit punt niet verstorend werkt.

3. Vergelijk Cnossen, S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 52-55. Naast deze financiële verstoringen kent de vennootschapsbelasting nog meer verstoringen zoals de investeringsbeslissing en de locatiekeuze, zie verder hoofdstuk 2 en ook De Mooij, R.A.; *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 5.
4. In gelijke zin Nota (Grapperhaus), TK, 1970-1971, 10 955 blz. 10. In deze nota wordt dienaangaande het volgende opgemerkt ten aanzien van de bedrijfseconomische behandeling van de vergoeding op eigen vermogen: '*De rente over het in een vennootschap werkzame kapitaal, ook voor zover dit is gefinancierd met eigen vermogen, vormt bedrijfseconomisch een kostenelement dus evenzeer een kostenelement als de vergoeding ter zake van arbeid. Indien genoemde bedrijfseconomische beschouwingswijze bij de fiscale winstberekening zou worden gevolgd, zou dat inhouden, dat de rente over het eigen vermogen fiscaal ook als bedrijfskosten in aanmerking wordt genomen*'. Deze opmerkingen onderschrijf ik volledig.

Ad 2: Stimuleren van interne financiering boven externe financiering

Naast de bevoordeling van financiering met eigen vermogen boven financiering met vreemd vermogen, bevordert het huidige stelsel voorts winstinhouding. Dit komt voort uit het klassieke stelsel waarin uitgekeerde winsten in beginsel 'dubbel' worden belast.⁵ Het stimuleren van winstinhouding betekent een verstoring van de kapitaalmarkt, aangezien het kapitaal niet per definitie daar wordt ingezet waar de beloningsvoet vóór belasting het hoogst is. Vermogensverschaffers investeren namelijk daar waar de (verwachte) beloningsvoet ná belastingen het hoogst is. Door een (hogere) belasting op uitgedeelde winst, zal het geëiste rendement van nieuw kapitaal vóór belasting hoger zijn dan het geëiste rendement van geherinvesteerd kapitaal vóór belasting.⁶

Dat er ook daadwerkelijk een verschil bestaat tussen het geëiste rendement vóór belasting op nieuw kapitaal en het geëiste rendement vóór belasting op geherinvesteerd kapitaal, blijkt uit empirisch onderzoek.⁷ In situaties waarin de deelnemingsvrijstelling geldt, is geen sprake van dubbele heffing. Bij dooruitdeling naar de uiteindelijke aandeelhouder/natuurlijk persoon is daarentegen veelal wel sprake van dubbele heffing. In de situatie van box 1- en box 2-aandeelhouders wordt de uitdelingsbeslissing verstoord door deze dubbele heffing. Voor box 3-aandeelhouders vindt wel dubbele heffing plaats, maar dit leidt niet tot een verstoring van de uitdelingsbeslissing. Dit verschil komt voort uit het feit dat in box 3 wordt geheven over een forfaitair rendement over de (gemiddelde) hoogte van het vermogen, terwijl in box 1 en 2 het reële stelsel geldt.

In dit onderzoek staat de positie van de rentebetalder centraal (vergelijk paragraaf 1.5). De positie van de renteontvanger is alleen aan de orde geweest, waar dit dienstbaar is aan het inzicht in de behandeling van de positie van de rentebetalder. Hierdoor zijn financieringsrelaties met natuurlijke personen slechts beperkt aan de orde geweest. Wel is duidelijk geworden dat een meer gunstige behandeling van interne

5. De eerste heffing betreft de reguliere heffing van vennootschapsbelasting op het niveau van de vennootschap. De tweede betreft een heffing over de uitgekeerde winst op het niveau van de aandeelhouder. Evident hangt het antwoord op de vraag of, en zo ja hoe er wordt geheven bij de tweede uitkering af van de positie van de aandeelhouder.
6. Anders geformuleerd worden ingehouden winsten niet (volledig) onderworpen aan de 'test of the market place', vergelijk Cnossen, S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 52.
7. Vergelijk Cnossen S.; *Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie*, WFR 1996/871 en Cnossen S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 52-53 en zie Baumol, W.J.; Heim, P., Malkiel, B.G. & Quandt, R.E.; *Earnings Retention, New Capital and the Growth of the Firm*, *Review of Economics and Statistics*. 1970/4, blz. 345-355. Vergelijk ook Brealy, R.A. & Myers, S.C., *Principles of corporate finance*, McGraw-Hill, International edition, 1996, blz. 432-433, waarin zij een overzicht geven van verschillende empirische studies naar de invloed van belasting op het dividendrendement. Deze empirische studies wijzen allemaal in de richting dat aandelen met een hoog dividendrendement lager zijn geprijsd dan aandelen met een lager dividendrendement en dat aandelen met een hoog dividendrendement een hoger rendement vóór belasting hebben dan aandelen met een lager dividendrendement.

financiering met eigen vermogen boven externe financiering met eigen vermogen in relatie tot natuurlijke personen, voortkomt uit de fiscale behandeling van de financier/natuurlijke persoon. Het verdient daarom mijn voorkeur deze ongelijke behandeling desgewenst ook op dat niveau op te lossen, in plaats van op het niveau van de vennootschapsbelasting. Dit zal ik illustreren in paragraaf 8.7. Eventuele aanpassingen op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder vallen verder buiten het bestek van dit onderzoek.

Het jaarrekeningenrecht

In paragraaf 2.4.3 heb ik beknopt aandacht besteed aan de kwalificatie (of classificatie) van financiële instrumenten volgens het jaarrekeningenrecht. Aldaar gaf ik aan dat het aanbeveling verdient om nader onderzoek te doen naar het antwoord op de vraag of de door de IASB en de RJ gekozen (of gevolgde) benadering ook kan (of zou moeten) worden gevolgd in het Nederlandse fiscale recht. De Hoge Raad en/of de wetgever kiezen echter (vooralsnog) niet voor een bedrijfseconomische invulling voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen. In dit onderzoek ben ik uitgegaan van de door de Hoge Raad en de wetgever gekozen benadering. Hieraan ligt mede ten grondslag dat de kwalificatiekwestie van een vermogensverstrekking slechts een deel van het probleem vormt van de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Het oplossen van dit vraagstuk vormt derhalve slechts een partiële oplossing van het probleem. Bovendien is een wijziging van het fiscale criterium door ingrijpen van de wetgever of de rechter op dit moment geheel niet te verwachten. Een exercitie langs die weg heeft daarom een hoog 'als'-gehalte en voegt daarmee weinig toe aan de onderhavige analyse.

8.2.2 Toetsingskader alternatieven

In de vorige paragrafen heb ik nogmaals de toetsingsniveaus geschetst, waaraan ik de huidige fiscale behandeling van de vergoeding van eigen vermogen en vreemd vermogen heb onderworpen in dit onderzoek. In paragraaf 8.3 ga ik nader in op de vraag hoe het huidige regime op deze twee toetsingsniveaus scoort. In de paragrafen 8.5 en 8.7 onderwerp ik enkele alternatieven aan vergelijkbare toetsen. Het economische toetsingscriterium kan en moet identiek zijn; ten aanzien van een voorgesteld alternatief dient de vraag te worden beantwoord of dit alternatief al dan niet verstorend werkt. Voor de fiscaaltechnische toetsen ligt dit enigszins gecompliceerder omdat de voorgestelde alternatieven veelal (nog) niet zijn vastgelegd in uitgewerkte regelingen. Desalniettemin doen ook dan de bekende toetsen opgeld. Een voorgesteld alternatief dient rechtvaardig, effectief en efficiënt te zijn. Voor zover mogelijk wordt dit per alternatief onderzocht. Hetzelfde geldt voor de secundaire toets.

8.3 Toetsing huidige systeem

8.3.1 Algemeen

In dit onderzoek geldt als economisch toetsingscriterium, dat de wijze van belastingheffing geen verstoringen mag veroorzaken op het gebied van de financieringsbeslissing. In paragraaf 2.4.2 ben ik uitgebreid ingegaan op een belangrijke economische verstoring van het klassieke stelsel, te weten het welvaartverlies ook wel aangeduid als excess burden. In hoofdstuk 2 heb ik laten zien dat het bestaande verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen een hoger verlies in welvaart oplevert dan noodzakelijk is om een bepaald bedrag aan belasting te innen. Een gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen levert – bij een gelijke belastingopbrengst – een geringer welvaartverlies op. De conclusie is derhalve dat een systeem van belastingheffing waarin de relatieve prijs van (kapitaal)goederen niet wordt veranderd, de voorkeur verdient boven een systeem waarin eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal verschillend worden behandeld.

Hierna presenteer ik de uitkomsten van de fiscaalrechtelijke toetsing van de in dit onderzoek behandelde renteaftrekbeperkingen. Met nadruk merk ik op dat het hier een globaal overzicht betreft. Voor een volledig overzicht van de uitkomsten van de toetsing verwijs ik naar de hoofdstukken 3 tot en met 7.

8.3.2 *Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen*

Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen: primaire toets

In hoofdstuk 3 heb ik aandacht besteed aan de jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen. De Hoge Raad heeft namelijk in de jurisprudentie een systeem ontwikkeld waarmee de kwalificatie van een geldverstrekking plaatsvindt, vergelijk HR 27 januari 1988, BNB 1988/217. Dit systeem houdt in dat voor de kwalificatie van een geldverstrekking in beginsel een formeel criterium wordt gehanteerd. Dit betekent dat de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking, beslissend is voor de fiscale gevolgen. In drie (limitatieve) gevallen leidt deze hoofdregel evenwel uitzondering:

1. er is alleen naar de schijn sprake van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking (eigen vermogen) tot stand te brengen;
2. de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden, dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar;
3. de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden, dat het de crediteur reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, voor het geheel of voor een gedeelte, geen waarde toekomt, omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet, of niet ten volle, zal kunnen worden terugbetaald.

In het algemeen beoordeel ik het door de Hoge Raad ontwikkelde systeem positief. Het systeem is duidelijk afgebakend. Dit komt de rechtvaardigheid en de efficiency ten goede; men weet bij voorbaat waar men aan toe is. Wel zij aangetekend dat een

schijnlening zich niet laat vastleggen in eenduidige, heldere en objectief waarneembare criteria. Gelet op de sterk feitelijke invulling van deze uitzondering acht ik het overigens juist dat de Hoge Raad een lastige, behoedzame (her)kwalificatie op basis van de werkelijke feiten en omstandigheden laat prevaleren boven een eenvoudigere (her)kwalificatie op basis van een arbitrair criteriasysteem. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de uitzondering 'bodemloze put'. Voor deze uitzondering vallen uit BNB 1988/217 de volgende drie criteria te destilleren. De lening wordt verstrekt:

1. door een belastingplichtige in zijn hoedanigheid van aandeelhouder in een vennootschap waarin hij een deelneming houdt ex art. 13;
2. onder omstandigheden waaruit blijkt dat aan de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het uitgeleende bedrag niet (geheel) zal kunnen worden terugbetaald; en
3. het moet de aandeelhouder 'reeds aanstonds duidelijk' zijn, dat het door hem uitgeleende bedrag door de debiteur geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald.

Van deze drie criteria is slechts het eerste criterium (het aandeelhouderschap) een hard toetsbaar gegeven.⁸ Voor de overige twee criteria bestaan geen materieel toetsbare toepassingsvoorwaarden. Overigens neemt dit niet weg dat bepaalde feiten en omstandigheden, zoals de aanwezigheid van een negatief eigen vermogen en een slechte toekomstverwachting bij de debiteur, kunnen wijzen in de richting van de aanwezigheid van een bodemlozeputlening. Hoewel deze onduidelijkheid de efficiency niet ten goede komt, ben ik – evenals voor de uitzondering schijn – van mening, dat behoedzame (her)kwalificatie op basis van de werkelijke feiten en omstandigheden prevaleert boven een meer eenvoudige (her)kwalificatie op basis van een arbitrair criteriasysteem.

Mijn voornaamste kritiek op het door de Hoge Raad geïntroduceerde systeem richt zich op de invulling van de uitzondering deelnemerschap. Deze uitzondering werkt in eerste aanleg efficiënt uit. Door heldere eenduidige criteria is namelijk normaliter duidelijk of er sprake is van een deelnemerschapslening. Vanwege deze criteria werkt deze uitzondering in eerste aanleg niet goed op het punt effectiviteit. De Hoge Raad leek er een tamelijke extensieve interpretatie van de uitzondering deelnemerschap op na te houden, zie HR 11 maart 1998, BNB 1998/208. De Hoge Raad herkwalificeert een lening tot een deelnemerschapslening op grond van drie cumulatieve (mijns inziens arbitraire) criteria:

1. de vergoeding voor de geldverstrekking is afhankelijk van de winst;
2. de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers; en
3. de schuld heeft geen vaste looptijd maar is slechts opeisbaar bij faillissement, sur-séance van betaling of liquidatie.

8. Overigens komt met het Falconarrest (HR 22 november 2002, BNB 2003/34) de vraag op hoe hard dit aandeelhouderscriterium nog is.

De vermeende helderheid van deze criteria bracht risico's en mogelijkheden met zich voor taxplanning. In HR 25 november 2005, BNB 2006/82 heeft de Hoge Raad het eerste en het derde criterium echter nader ingevuld.⁹ Hieruit blijkt dat partieel winstafhankelijke leningen eveneens onder het bereik van BNB 1998/208 kunnen vallen. Voorts is de looptijdeis zo ingevuld dat ook een lening met een looptijd van meer dan vijftig jaar hieronder valt. Overigens biedt ook deze meer stringente invulling mogelijkheden om in te spelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen, zie hiervoor nader hoofdstuk 3.

Hybride leningen: primaire toets

In hoofdstuk 4 onderzocht ik de per 1 januari 2002 ingevoerde hybride leningwetgeving, die is opgenomen in art. 10, lid 1, onderdeel d en de leden 2, 3 en 4. Hybride leningen zijn geldverstrekkingen die zich – in ieder geval volgens de wetgever – op het grensgebied van eigen vermogen en vreemd vermogen bevinden. De kwalificatie van een lening als hybride lening betekent onder meer dat rente op een dergelijke lening niet (langer) aftrekbaar is. De voorwaarden – weergegeven in art. 10, lid 2, 3 en 4 – voor 'herkwalificatie' van een geldverstrekking tot hybride lening, zijn evenwel minder stringent dan die voor de aanwezigheid van een deelnemerschapslening. Anders geformuleerd is er veel eerder sprake van een hybride lening dan van een deelnemerschapslening. In het bijzonder wijs ik op leenverhoudingen tussen gelieerde partijen. Het – op onzakelijke gronden – ontbreken van een vergoeding of een vergoeding die in belangrijke mate afwijkt van de vergoeding die tussen onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen, leidt tot de constatering dat sprake is van een hybride lening mits ook wordt voldaan aan de looptijdeis.

De wetgever wijkt met art. 10, lid 1, onderdeel d af van de door de Hoge Raad in BNB 1988/217, BNB 1998/208 en BNB 1999/176 ingezette lijn. Overigens lijken wetgever en Hoge Raad elkaar na BNB 2006/82 weer wat meer te naderen. Feit blijft wel dat de fiscale systematiek met art. 10, lid 1, onderdeel d (sterk) afwijkt van het civiele recht en de bedrijfseconomie/jaarrekeningenrecht. Dit komt mede voort uit de centrale rol die de wetgever toedicht aan de voorwaarde winstafhankelijkheid. Hoewel ik deze voorwaarde belangrijk acht, dient ook acht te worden geslagen op andere voorwaarden. Hierbij wijs ik op het permanente/langdurige karakter van de terbeschikkingstelling van de gelden, de achterstelling van een vermogensverstrekking en de zeggenschapscomponent. Deze zaken vormen mijns inziens evenzeer belangrijke karakteristieken voor eigen vermogen. Dit gebeurt voor toepassing van art. 10, lid 1, onderdeel d in onvoldoende mate. Daarnaast acht ik het opvallend dat een loss-absorptionclausule – volgens de wetgever – niet leidt tot een winstafhankelijke vergoeding,¹⁰ terwijl een lening die de crediteur mede gerechtigd maakt tot het liquidatieoverschot wel kan kwalificeren als lening met een winstafhankelijke vergoeding.

9. Vergelijk tevens HR 25 november 2005, BNB 2006/83, HR 25 november 2005, V-N 2005/58.19 en HR 25 november 2005, nr. 40 992, www.hogeraad.nl.

10. Vergelijk in dit verband paragraaf 4.4.6.2.

Art. 10, lid 1 onderdeel d voldoet in beginsel op het gebied van de effectiviteit. Na de invoering van deze bepaling heeft het aanbieden van hybride beleggingsvormen voor particuliere beleggers namelijk geen fiscale voordelen boven financiering met 'regulier' eigen vermogen. Voorts is het inspelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen – mede in combinatie met art. 13, lid 3, onderdeel b – bemoeilijkt.¹¹ Bij nader inzien heeft art. 10, lid 1, onderdeel d echter wel een achilleshiel. Indien een vennootschap namelijk slechts winstafhankelijke (of renteloze) leningen sluit voor een periode van tien jaar of minder, blijft art. 10, lid 1, onderdeel d buiten toepassing. Het is daarom – zeker in concernverband – mogelijk om door middel van 'roulatie' van dergelijke leningen buiten het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d te blijven.¹² Dit is mogelijk anders indien al op voorhand vaststaat dat de lening na tien jaar wordt voortgezet. Hiervan draagt de fiscus – afgezien van het derde lid – evenwel de bewijslast, wat naar ik verwacht geen sinecure is.

Op het punt van de rechtvaardigheid voldoet art. 10, lid 1, onderdeel d mijns inziens aanmerkelijk minder. Deze bepaling bevat op bepaalde punten namelijk overkill. Ook financieringen die in mijn ogen geenszins lijken op eigen vermogen, kwalificeren – in ieder geval naar de letterlijke tekst – als hybride lening. Hierbij valt te denken aan renteloze rekening-courantverhoudingen en aan renteloze direct opeisbare leningen.

Indien het huidige systeem van behandeling van vermogen overeind moet blijven, acht ik het – gelet op mijn bevindingen in hoofdstuk 4 – wenselijk dat de hybride leningenwetgeving grondig wordt herzien. Daarbij moet eerst de prealabele vraag worden beantwoord of dergelijke wetgeving daadwerkelijk onontbeerlijk is. Deze vraag is temeer gerechtvaardigd nu de Hoge Raad met BNB 2006/82 de vermeende reikwijdte van BNB 1998/208 aanzienlijk heeft ingeperkt.

Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen: secundaire toets

In hoofdstuk 5 heb ik de secundaire toetsing uitgevoerd voor de uitzonderingen van BNB 1988/217 en voor hybride leningen. Ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling ben ik van mening dat de uitzonderingen van BNB 1988/217 feitelijk moeten worden behandeld als (informele) kapitaalverstrekkings, vergelijk ook BNB 2006/82. Dit brengt met zich dat een dergelijke 'lening' onder de deelnemingsvrijstelling valt,

11. Wel wordt art. 10, lid 1, onderdeel d in combinatie met art. 13, lid 3, onderdeel b gebruikt om onder toepassing van art. 10d vandaan te blijven. Deze laatste bepaling beperkt rente in aftrek, zonder dat een tegemoetkoming wordt verleend op het niveau van de crediteur. Door het hybridiseren van leningen blijft de rente in aftrek beperkt, maar valt de rente – onder voorwaarden – onder de deelnemingsvrijstelling. Ik acht dit overigens geen kwalijke ontwikkeling.
12. 'Roulatie' wil zeggen dat de lening wordt afgelost na ommekomst van tien jaar en vervolgens een nieuwe lening wordt aangegaan bij – bij voorkeur – een andere crediteur. Tegen een dergelijke handelswijze kan de fiscus normaliter weinig inbrengen. Hiermee lijkt art. 10, lid 1, onderdeel d met name in concerninterne verhoudingen op 'windowdressing' naar het buitenland. In relatie tot particuliere beleggers ligt dit wat gecompliceerder. De kosten van onder andere een nieuw prospectus, afsluitprovisie etc. zijn vaak aanzienlijk. Daarnaast loopt een concern in zo'n situatie renterisico.

mits er reeds sprake is van een kwalificerend aandelen- of optiebelang. Op een 'alleenstaande' lening ex BNB 1988/217 acht ik de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing¹³, waardoor dubbele heffing kan ontstaan. Ter voorkoming van dubbele heffing dient de deelnemingsvrijstelling – onder voorwaarden – ook toepassing te vinden in situaties waarin een aandeelhoudersband ontbreekt. Een wetswijziging is daartoe wel noodzakelijk.

Mutatis mutandis geldt het voorgaande ook voor hybride leningen. Dat hybride leningen onder de deelnemingsvrijstelling vallen, volgt evenwel niet uit het systeem van de jurisprudentiële herkwalificatie van leningen. Zij vallen – onder voorwaarden¹⁴ – ingevolge art. 13, lid 3, onderdeel b onder de deelnemingsvrijstelling, mits de crediteur reeds een kwalificerend belang heeft.

In hoofdstuk 5 constateerde ik dat art. 10, lid 1, onderdeel d in overeenstemming is met het EU-recht. Art. 13, lid 3, onderdeel b is daarentegen waarschijnlijk strijdig met het EU-recht. Voorts verdedigde ik dat deze laatste bepaling strijdig is met de Moeder-dochterrichtlijn. Ten slotte ontstaat door de hybride leningenwetgeving het onbevredigende gevolg dat hybride leningen in zusterrelaties noch onder de Moeder-dochterrichtlijn, noch onder de Interest-royaltyrichtlijn vallen. Ik acht deze door de wetgever gekozen benadering niet strijdig met de genoemde richtlijnen, maar het werkt mijns inziens wel onrechtvaardig uit. Aanpassing van art. 3, lid 1, onderdeel f, juncto art. 4 Wet DB 1965 acht ik daarom gewenst.

Voorts verdedigde ik in hoofdstuk 5 dat 'rentebetalingen' op jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen ook voor de dividendbelasting moeten worden aangemerkt als dividend. De inhoudingsvrijstellingen van art. 4 en 4a Wet DB 1965 zijn tevens van toepassing, mits de crediteur van de jurisprudentieel geherkwalificeerde lening tevens beschikt over een kwalificerend aandelenbelang. Voor hybride leningen is wettelijk expliciet bepaald dat de 'rentebetalingen' onder de dividendbelasting vallen. Voor dergelijke leningen gelden – onder voorwaarden – de inhoudingsvrijstellingen evenzeer.

8.3.3 *Antiwinstdrainagewetgeving*

Art. 10a: Primaire toets

Art. 10a en art. 15ad zijn gericht tegen winstdrainage. De fiscus trachtte winstdrainagestructuren te bestrijden met *fraus legis* en richtige heffing, maar oogstte niet in alle gevallen succes. Het verliezen van enkele van de winstdrainagearresten was voor de wetgever aanleiding om dergelijke structuren met wetgeving te bestrijden.

13. Gelet op het Falconarrest (HR 22 november 2002, BNB 2003/34) is dit overigens geenszins zeker.

14. Deze voorwaarden – zoals dat de deelnemingsvrijstelling niet geldt voor hybride leningen ex art. 10, lid 4 – brengen overkill met zich. Voorts werkt de beperking van de deelnemingsvrijstelling in voorkomende gevallen onredelijk uit, vergelijk hoofdstuk 5.

Ter illustratie wijs ik op HR 20 september 1995, BNB 1996/5 (het Plc-arrest, zie paragraaf 6.2.4).¹⁵ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat er geen sprake is van misbruik indien de rentebaten in het buitenland die corresponderen met de in Nederland neerslaande rentelasten, worden afgezet tegen aldaar aanwezige compensabele verliezen (of daarop gelijkende aanspraken). Derhalve kan een dergelijke structuur niet met *fraus legis* worden geattaqueerd. De antiwinstdrainagewetgeving is in eerste aanleg gericht op het tegengaan van structuren die door de fiscus niet konden worden bestreden in de uitvoeringssfeer. Daarnaast vormt deze wetgeving tevens een codificatie van de jurisprudentie tot en met 1996 op dit vlak.

Op het punt van de effectiviteit is de winstdrainagewetgeving mijns inziens relatief succesvol.¹⁶ De structuren die in de winstdrainagejurisprudentie (zie uitgebreid paragraaf 6.2) aan de orde zijn geweest, worden door de invoering van art. 10a voor een belangrijk deel geneutraliseerd. Ter illustratie wijs ik op het hiervoor aangehaalde arrest BNB 1996/5. Het op kunstmatige wijze verrekenen van onder meer (buitenlandse) verliezen ten nadele van de Nederlandse heffingsgrondslag, is met art. 10a niet meer mogelijk.

Art. 10a kent evenwel ook verschillende bezwaren. Een eerste kritiekpunt is dat de bepaling zo ruim is geformuleerd dat hier ook structuren onder vallen waarin geen sprake is van oneigenlijk gebruik. Nu voorziet art. 10a wel in verschillende tegenbewijsregelingen, maar dit brengt wel met zich dat een belastingplichtige aannemelijk moet maken dat er sprake is van zakelijke overwegingen. Het op dergelijke wijze inkleden van de verdeling van de bewijslast veroorzaakt voor belastingplichtigen bewijsproblemen en kosten.

Voorts kan door toepassing van art. 10a (economisch) dubbele heffing ontstaan. Daarmee werkt art. 10a mijns inziens in voorkomende gevallen niet rechtvaardig uit. Dit geldt in het bijzonder voor toepassing van art. 10a, lid 1. Anders dan voor structuren die onder het tweede lid vallen, geldt een naar Nederlandse maatstaven redelijk heffing op het niveau van de renteontvanger niet (zonder meer) als tegenbewijs. Voor het eerste lid geldt namelijk de strenge toets dat – vrij vertaald – de heffing op het niveau van de crediteur (nagenoeg) geheel gelijk moet zijn aan het Nederlandse tarief en grondslag. Zeker in een geval waarin het eerste lid toepassing vindt, kan er dubbele heffing ontstaan. Dubbele heffing doet zich eveneens voor indien de rentebaten bij de crediteur worden afgezet tegen compensabele verliezen. De wetgever heeft op dit punt namelijk de jurisprudentie van de Hoge Raad aangescherpt, zodat de verrekening van (eigen) compensabele verliezen niet kan worden aangemerkt als compenserende heffing.

15. Voor een nadere behandeling van de structuren die in de winstdrainagejurisprudentie de revue zijn gepasseerd verwijs ik naar paragraaf 6.2.

16. Vergelijk hierna evenwel de paradoxale uitwerking van art. 10a.

Ten slotte wijs ik op een nadeel van zowel art. 10a als art. 15ad. Beide bepalingen zijn op sommige punten onduidelijk geredigeerd. Ter illustratie noem ik de mantra 'rechten dan wel in feite, direct of indirect' die op verschillende plaatsen terugkomt. Voorts wijs ik op art. 10a, lid 2, onderdeel c.

Art. 15ad: Primaire toets

Art. 15ad is mede gericht tegen het zogenoemde 'financieren van de eigen overname'. Met de invoering van art. 15, lid 4 (de voorloper van art. 15ad) heeft de wetgever een einde gemaakt aan het financieren van de eigen overname.¹⁷ De sanctie bestaat uit het tijdelijk beperken van de winstgrondslag waarmee de rente kan worden verrekend. Kort samengevat mag de overnameholding de rente niet afzetten tegen de winst die wordt behaald door de overgenomen vennootschap. Slechts haar 'eigen winst' mag als verrekeningsgrondslag gelden.¹⁸ De in enig jaar niet in aftrek gebrachte rente mag wel – bij voldoende eigen winst van de debiteur – in het volgende jaar worden verrekend. De temporiseringsperiode is acht jaar, daarna is rente in beginsel onbeperkt verrekenbaar.

Naast het sanctioneren van de overnameholding is art. 15ad eveneens gericht tegen zogenoemde bv 1-bv 2-structuren, zie paragraaf 6.8.3.3. In dergelijke structuren werd een fiscaal voordeel behaald door in te spelen op een discrepantie tussen de Nederlandse fiscale eenheid en het 'check-the-boxsysteem' zoals dat met name wordt gehanteerd in de Verenigde Staten.¹⁹ Na de invoering van art. 15ad is de reguliere bv 1-bv 2-structuur niet meer mogelijk. Variaties op dit thema blijven echter mogelijk. Zo kan een (onderworpen) doorstroomvennootschap tussen de Nederlandse debiteur en de uiteindelijke crediteur worden geplaatst. De tegenbewijsregeling van art. 15ad is dan van toepassing omdat de rentebaten in de grondslag worden begrepen bij de crediteur. Voornoemde structuren worden derhalve bemoeilijkt, maar niet onmogelijk gemaakt. Art. 15ad is daarom op dit punt mijns inziens slechts ten dele effectief. Daarnaast wijs ik op de mogelijkheid van de kruislingse verrekening.

Voorts is het de vraag in hoeverre art. 15ad rechtvaardig is. Hoewel de renteaftrek blijft gehandhaafd, leidt de temporisering materieel gezien tot dubbele heffing. Rentelasten zijn immers gedurende een bepaalde periode slechts beperkt verrekenbaar. Het niet-verrekenbare deel wordt gestald, wat een rentenadeel oplevert voor belastingplichtigen. Daarbij komt dat ook art. 15ad zodanig is geredigeerd dat rente niet (onbeperkt) aftrekbaar is, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt.

17. Dit afgezien van eventuele ontgaansmogelijkheden, zoals de liquidatie van de dochtervennootschap, vergelijk paragraaf 6.8.4.1.

18. Door 'kruislingse verrekening' (zie paragraaf 6.8.4.2) kunnen de nadelige gevolgen van art. 15ad voor een belangrijk deel worden gemitigeerd.

19. Dit check the boxsysteem houdt kort samengevat in dat de in het andere land gevestigde moeder-vennootschap – onder voorwaarden – mag kiezen om een dochtervennootschap al dan niet aan te merken als transparant.

Ten slotte wijs ik op de paradoxale uitwerking van de antiwinstdrainagewetgeving. De achtergrond van deze wetgeving is namelijk het terugdringen van financiering met vreemd vermogen. Voor een belangrijk deel bereiken deze bepalingen hun doel. De maatregelen zorgen evenwel ook voor een stimulans om een vennootschap initieel zoveel mogelijk met vreemd vermogen te financieren.²⁰ Het vervangen van vreemd vermogen door eigen vermogen kan – zeker sinds de afschaffing van kapitaalsbelasting – zonder problemen plaatsvinden. Omgekeerd wordt het vervangen van eigen vermogen door vreemd vermogen (verschuldigd aan een gelieerde partij) in de regel gesanctioneerd door de antiwinstdrainagewetgeving.

Art. 10a en art. 15ad: Secundaire toets

Bij de secundaire toetsing van de winstdrainagewetgeving zit het voornaamste pijnpunt in de mogelijke strijdigheid met het EU-recht. Deze strijdigheid zit niet zozeer in de renteaftrekbeperking zelf omdat deze namelijk generiek uitwerkt. Dit kan niet worden gezegd van de tegenbewijsregelingen. Zowel die van art. 10a als die van art. 15ad stellen eisen aan de belastbaarheid van de rentebaten die corresponderen met de rentelasten. Indien een of meer van de tegenbewijsregelingen strijdig wordt geacht met het EU-recht, verliest art. 10a in EU-situaties (en via art. 56 EG wellicht ook in relatie tot derde landen) aanzienlijk aan kracht. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor art. 15ad. Met name gelet op HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Schempp) HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer) en HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes) valt op dit moment niet in te schatten in hoeverre voornoemde tegenbewijsregelingen strijdig moeten worden geacht met het EU-recht. In BNB 2005/342 oordeelde het HvJ EG namelijk kort samengevat dat – ten aanzien van alimentatie – het stelsel is gerechtvaardigd en dat geen aftrek wordt verleend bij de betaler indien er geen heffing plaatsvindt bij de ontvanger. In BNB 2006/72 hield het HvJ EG bij het beoordelen van de rechtvaardigingsgronden onder meer rekening met het tarief. V-N 2006/49.15 komt er in het kort op neer, dat bepaalde antimisbruikwetgeving is toegestaan, mits voorzien van een deugdelijke tegenbewijsregeling.

Overigens acht ik de tegenbewijsregelingen niet adequaat vanwege de mogelijke strijdigheid van deze bepalingen. Deze onzekerheid is noch voor belastingplichtigen noch voor de staat wenselijk.

20. De financieringsverhoudingen dienen – om renteaftrek te behouden – binnen de marges van art. 10d te blijven.

8.3.4 *Thin-capitalisationwetgeving*

Primaire toets

In hoofdstuk 7 besteedde ik aandacht aan het per 1 januari 2004 ingevoerde art. 10d. Deze bepaling beperkt renteaftrek indien en voor zover een vennootschap met 'teveel' vreemd vermogen is gefinancierd. Deze bepaling moet uitholling van de heffinggrondslag tegengaan en is ingevoerd nadat de Nederlandse staat de Bosal-procedure (HvJ EG van 18 september 2003, BNB 2003/344) had verloren.

De thin-capitalisationwetgeving werkt mijns inziens in zijn algemeenheid niet rechtvaardig uit. In veel gevallen veroorzaakt het beperken van de renteaftrek op het niveau van de schuldenaar namelijk economisch dubbele heffing. Dit geldt zowel voor binnenlandse als buitenlandse situaties. Art. 10d kent namelijk geen tegenbewijsregeling vergelijkbaar met art. 10a, lid 3, onderdeel b. Dit betekent, dat beperking van renteaftrek ook toepassing kan vinden indien geen sprake is van misbruik of uitholling van de belastinggrondslag.

Een ander punt waarop art. 10d mijns inziens niet rechtvaardig uitwerkt, is de samenloop met de fiscale eenheid. Voeging van een deelneming kan voor de moeder van de fiscale eenheid namelijk leiden tot toepasselijkheid van art. 10d. Door het voegen van de deelneming waarvoor goodwill is betaald, kan het fiscale vermogen van de moeder dalen. Dit kan leiden tot thin capitalisation, terwijl geen sprake is van misbruik.²¹ Overigens kan voeging van een dochter ook met zich brengen dat art. 10d geen toepassing vindt. Indien alle vennootschappen die deel uitmaken van de groep worden gevoegd in een fiscale eenheid, vindt art. 10d volgens de wetgever namelijk geen toepassing.

Een ander kritiekpunt is het feit dat art. 10d op verschillende punten economisch verstorend kan werken. Zo brengt art. 10d, lid 3 met zich dat een vennootschap die alleen van derden leent, fiscaal gezien beter af kan zijn dan een vennootschap die alleen van verbonden lichamen leent, maar overigens in een vergelijkbare situatie verkeert. Beperking van renteaftrek is namelijk slechts aan de orde indien en voor zover de rente is verschuldigd aan verbonden lichamen. Voorts acht ik het vanuit economisch perspectief bezwaarlijk, dat de (economische) financieringsvrijheid van een vennootschap wordt doorkruist. Hierdoor ontstaat namelijk het risico dat de economisch optimale verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen wordt verstoord. Daarnaast kan het uitgangspunt verstorend werken, dat verstrekte geldleningen wel het teveel aan vreemd vermogen verminderen, maar niet de rente als genoemd in lid 1. Belastingplichtigen worden daarmee namelijk gestimuleerd om vorderingen af te laten lossen en om schulden af te lossen. Een economisch optimum kan hierdoor worden verstoord. In dit verband wijs ik voorts op het arbitraire karakter van de verhouding 1:3. Een andere verdeling is evenzeer denkbaar, maar kan ook verstorend uitwerken.

21. Tegen 'misbruik' van de fiscale eenheid werkt art. 15ad immers al.

Bij de rechtvaardigheid van de groepstoets plaats ik vraagtekens. De beperking van de renteaftrek kan namelijk afhangen van de mate van diversificatie op het niveau van de groepsmoeder. Het is denkbaar dat in de branche van de belastingplichtige financiering met veel vreemd vermogen gebruikelijk is, maar dat de groepsmoeder met minder vreemd vermogen is gefinancierd. Deze groepsmoeder houdt namelijk voorts belangen in vennootschappen met activiteiten die financiering met meer eigen vermogen vereisen. De groepstoets biedt dan geen soelaas in de situatie van belastingplichtige. Hiermee kan art. 10d een negatief gevolg hebben voor de mate van diversificatie. De omgekeerde situatie is overigens ook denkbaar.

In beginsel lijkt art. 10d effectief te zijn, aangezien thin capitalisation tegen wordt gegaan. Er zit echter een manco in de regeling. Voor de berekening van het teveel aan vreemd vermogen wordt namelijk gebruikgemaakt van twee peildata, aan het begin en het einde van het boekjaar. Daarmee wordt art. 10d gevoelig voor manipulatie. Vanuit fiscaal perspectief is het namelijk aantrekkelijk om op de balansdata een hoog eigen vermogen en een laag vreemd vermogen te presenteren. Dit kan bijvoorbeeld geschieden door kort voor balansdatum – zonder kapitaalsbelasting – additioneel kapitaal te storten om dit na balansdatum weer terug te betalen. Dergelijke structuren kunnen mijns inziens in de regel niet worden geattaqueerd met *fraus legis*. Een beroep van de fiscus op een teleologische wetsinterpretatie leidt naar verwachting evenmin tot succes.

Voorts lijkt het mogelijk om Sara Kreek-achtige structuren op te zetten. In art. 15ac, lid 5 is art. 10d thans namelijk niet uitgesloten. Voor toepassing van art. 10a geldt overigens eenzelfde manco. Een wetaanpassing acht ik op dit punt gewenst. Mijns inziens dient in art. 15ac, lid 5 ook te worden verwezen naar art. 10a als art. 10d. Ten slotte heb ik geconstateerd dat de wetgever toepasselijkheid van art. 10d (mede) afhankelijkheid stelt van de invulling van commerciële begrippen. Daarmee geeft de fiscale wetgever de directe invloed uit handen. Slechts door wetwijzigingen kan de wetgever reageren op zijns inziens onwenselijke wijzigingen die bijvoorbeeld worden geïnitieerd door de RJ en/of de IASB. Deze benadering acht ik ongewenst.

Ten slotte wijs ik op de complexiteit van de regeling. In combinatie met de onduidelijkheid van bepaalde begrippen constateer ik een risico van relatief hoge uitvoeringslasten, in ieder geval hoger dan de door de wetgever geraamde lastenverzwaring van € 1 mln.

Secundaire toets

Bij secundaire toetsing van art. 10d stuit ik voornamelijk op EU-rechtelijke en verdragsrechtelijke pijnpunten. Zo wordt in de literatuur wel verdedigd dat art. 10d strijdig moet worden geacht met verdragstoepassing, nu toepassing van art. 10d tot dubbele heffing kan leiden (zie nader paragraaf 7.8.1).²² Alsdan wordt art. 9 OESO-Modelverdrag afgezet tegen art. 10d. Nu art. 10d niet ziet op het herkwalficeren of

22. De Hosson, F.C.; Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief, WFR 2003/1581.

het naar zakelijke maatstaven aanpassen van rente en/of leningen, is van strijdigheid met art. 9 OESO-Modelverdrag mijns inziens geen sprake.

Een punt waarop art. 10d naar mijn mening tekort schiet, is dat de bepaling mogelijk niet in overeenstemming is met het EU-recht. Er bestaat namelijk op verschillende punten het risico dat de bepaling strijdig moet worden geacht met EU-recht:

1. art. 10d, lid 10 (berekening van de omvang van de voorkoming van dubbele belasting);
2. het voorkomen van thin capitalisation in binnenlandse verhoudingen door voeging van de groep in een fiscale eenheid;
3. ingevolge art. 10d, lid 5 heeft een Nederlands concern geen nadeel van thin capitalisation omdat de balans van de belastingplichtige gelijk is aan de balans van de groep (ervan uitgaande dat de balans van de belastingplichtige de geconsolideerde balans is);
4. het is denkbaar dat door voeging van een dochtermaatschappij/crediteur in een fiscale eenheid met de belastingplichtige, de vermogenspositie van de belastingplichtige verbetert;
5. art. 10d versus de Richtlijn 2003/49/EG van 3 juni 2003 (I&R-richtlijn).

Ten aanzien van de eerste vier punten is er mijns inziens sprake van een risico van strijdigheid met EU-recht. Deze strijdigheid ten aanzien van de punten twee en vier moet overigens niet zozeer worden gevonden in art. 10a, lid 2, als wel in art. 15. Grensoverschrijdende fiscale eenheden zijn immers niet mogelijk.²³ Ten aanzien van het vijfde punt ben ik met de wetgever, en anders dan Weber, van mening dat er op dit punt geen sprake is van strijdigheid met EU-recht.²⁴ Voor een onderbouwing van deze standpunten verwijs ik naar paragraaf 7.8.2.

8.3.5 *Samenvattend schema*

Hierna volgt een samenvattend schema waarin een globale indruk wordt gegeven van de uitkomsten van de toetsing van de in hoofdstukken 3 tot en met 7 behandelde renteaftrekbeperkingen. De waarding per toets kan variëren van -- tot ++, waarbij -- staat voor zeer slecht en ++ voor zeer goed.²⁵

23. Vergelijk in dit geval HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer).

24. Weber, D.M.; Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen, WFR 2003/315.

25. Met nadruk wijs ik er op dat dit schema slechts een globaal inzicht moet bieden.

Toets							
Primair				Secundair			
Regeling/arrest	Recht- vaardig	Effectief	Efficiënt	Verdra- gen ²⁶	EU-recht	Div.bel.	Dnv
BNB 1988/217 (totaal)	+	+/-	+	+/-	+	+	+/-
Schijnlening	+	+/-	+	+/-	+	+	+
Deelnemerschaps- lening	+/-	⁻²⁷	+/- ²⁸	-	+	+	-
Bodemlozeputlening	+	+	+	+/-	+	+	+
Art. 10, lid 1, onder- deel d	-	+	-	-	⁻²⁹	+/-	⁻³⁰
Art. 10a	-	+/- ³¹	-	⁺⁺³²	-	⁺⁺	⁺⁺
Art. 10a, lid 1	--	+/-	-	⁺⁺	--	⁺⁺	⁺⁺
Art. 10a, lid 2 (i.c.m. lid 3)	⁻³³	+/-	-	⁺⁺	-	⁺⁺	⁺⁺
Art. 10d	--	+/-	-	+/-	-	⁺⁺	⁺⁺
Art. 15ad	+/-	+/- ³⁴	+/-	⁺⁺	-	⁺⁺	⁺⁺
Totaal ³⁵	-	+/-	- +/-	+/-	-	+	+

Matrix 1: Samenvatting toetsing renteaftrekbepkeringen

26. Onder deze categorie vat ik tevens de problematiek van economisch dubbele heffing, vergelijk paragraaf 5.7.
27. De '-' houdt vooral verband met de mogelijkheid tot taxplanning met de deelnemerschapslening, vergelijk BNB 2006/82 waarin tegenover renteaftrek in Frankrijk een onbelaste deelnemerschapslening stond in Nederland.
28. Overigens bestaat deze efficiency met name na BNB 2006/62. Tot die tijd waren – achteraf gezien – geen vaste looptijd en slechts opeisbaar bij surseance etc. en een winstafhankelijke rente begrippen die nog nadere invulling verdienden. Nu bestaat er nog wel onduidelijk hoe groot het vastrentende deel mag zijn van een deelnemerschapslening.
29. Het is met name de vraag of art. 13, lid 3, onderdeel b in overeenstemming is met EU-recht.
30. Komt met name voort uit het derde en het vierde lid.
31. Art. 10a heeft de paradoxale uitwerking dat het – binnen de grenzen van art. 10d – aantrekkelijk is om bij aanvang maximaal met vreemd vermogen te financieren.
32. De onderstreepte '++' houdt niet in dat op dit punt zo goed wordt gescoord, maar dat dit toetsingscriterium eigenlijk niet van toepassing is.
33. Ik acht lid 2 (i.c.m. lid 3) rechtvaardiger dan lid 1. Dit komt mede voort uit de soepelere tegenbewijsregeling voor lid 2.
34. Alternatieven op bv 1-bv 2-structuren zijn nog mogelijk. Kruislingse verrekening kan beperking van renteaftrek frustreren.
35. Deze totaalstand is slechts indicatief, aangezien het onzinnig is om appels met peren te vergelijken.

Uit deze matrix blijkt dat het huidige stelsel op de fiscale toetsen in zijn algemeenheid niet goed scoort. Samen met de negatieve uitkomsten op het gebied van de economische toetsing acht ik het daarom wenselijk na te gaan op welke wijze de vergoedingen van eigen vermogen en vreemd vermogen fiscaal dienen te worden behandeld.

8.4 Overzicht aftrekbeperkingen en achtergrond

8.4.1 Categorisering aftrekbeperkingen

Het eerste deel van mijn probleemstelling luidt als volgt: *‘Welke renteaftrekbeperkingen bestaan er voor de vennootschapsbelasting, hoe is aan deze aftrekbeperkingen vormgegeven en waarom bestaan deze aftrekbeperkingen in hun huidige vorm?’*. In de hoofdstukken 2 tot en met 7 zijn de onderscheidenlijke aftrekbeperkingen aan de orde geweest. Voor een beknopte samenvatting verwijs ik naar de paragrafen 8.3.2-8.3.5. Daar is in kaart gebracht welke beperkingen bestaan en hoe deze beperkingen uitwerken. Voorts ben ik in de hoofdstukken 2 tot en met 7 ingegaan op de achtergrond van de onderscheidenlijke bepalingen en jurisprudentie. Mijn conclusie dienaangaande is dat de bases van de verschillende bepalingen zeer uiteenlopend zijn. Daarom is het laatste stuk van het eerste deel van mijn probleemstelling *‘waarom bestaan deze aftrekbeperkingen in hun huidige vorm’* niet eenduidig te beantwoorden. Wel blijkt dat de behandelde aftrekbeperkingen in de hoofdstukken 3 tot en met 7 vooral kunnen worden gezien als reactie van de wetgever op onwelgevallige jurisprudentie.³⁶

Om enig overzicht in de verschillende aftrekbeperking te brengen, bundel ik de verschillende aftrekbeperkingen in een vijftal categorieën.

1. Totaalwinstbewakers;
2. Evenwichtbewakers;
3. Buitenlands belastingsysteembewaker;
4. Systeembewakers; en
5. Grondslagbewakers.

Deze indeling behandel ik hierna nader. Ten behoeve van het overzicht heb ik aan het einde van deze paragraaf de verschillende aftrekbeperkingen samengevat in een matrix.

Veel van de renteaftrekbeperkingen zijn niet of nauwelijks te vergelijken. Vaak ontbreekt voorts de samenhang tussen de verschillende aftrekbeperkingen. Daarnaast kunnen de verschillende aftrekbeperkingen op elkaar inwerken. Op deze manier ontstaat een lappendeken van aftrekbeperkingen zonder coherentie en valt er nauwelijks te spreken van een systeem.³⁷ Dit komt voort uit het feit dat de redenen van

36. Vergelijk in dit verband van Strien, J.; Van paniekvoetbal naar fundamentele herbezinning, blz. 287-300, in Buitengewone verdiensten, Opstellen aangeboden aan D.A. Albregtse.

37. Vergelijk in dit verband Strik, S.A.W.J.; De problematiek van de renteaftrek en de modernisering van de Vennootschapsbelasting 2007, MBB 2004/306, die het ‘systeem’ aanduidt als *‘een conglomeraat van gecompliceerde regelingen’* en *‘een tombola’*.

de wetgever en de Hoge Raad om in bepaalde situaties rente niet in aftrek toe te laten, zeer uiteenlopend zijn. Ik deel deze renteaftrekbepkeringen in de vijf bovenstaande categorieën in.³⁸ Met ingang van 1 januari 2004 resteren nog vier categorieën. Per die datum is art. 13, lid 1 (de systeembewaker) uit de wet geschrapt, vanwege strijdigheid met het EU-recht.³⁹ Vanwege de relatie tussen het oude art. 13, lid 1 en de nieuwe thin-capitalisationwetgeving besteed ik hierna wel beknopt aandacht aan deze categorie.

8.4.2 Totaalwinstbewakers

BNB 1988/217

De renteaftrekbepkeringen in deze groep bewaken de grens tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Uitgangspunt van het huidige stelsel is namelijk dat dividend – anders dan rente – voor de uitkerende vennootschap niet aftrekbaar is. Dit lokt financiering met vreemd vermogen uit. Voorts ontstaat een tendens om eigen vermogen in de (juridische) vorm te gieten van vreemd vermogen om zodoende aftrek van de kosten van de geldverstrekking te effectueren. Het doel van de totaalwinstbewakers die zijn opgesomd in BNB 1988/217 – de deelnemerschapslening, de bodemlozeputvordering en de schijnlening – is een (duidelijke) grens te trekken tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.

Mijns inziens heeft de Hoge Raad terecht paal en perk gesteld aan de vrijheid ten aanzien van de kwalificatie van een geldverstrekking. Het door de Hoge Raad ontworpen systeem kent wel enkele nadelen. Allereerst is het niet mogelijk/eenvoudig een duidelijke praktische invulling te geven aan de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingen. Dit geldt in het bijzonder voor de schijnlening. Door de aard van deze uitzondering biedt evenwel alleen een ruim en bewegend criterium de rechter de ruimte om alle praktijksituaties te beoordelen. Een tweede punt van kritiek is dat de drie cumulatieve criteria voor de aanwezigheid van deelnemerschap zoals vermeld in BNB 1998/208 en nader ingevuld in BNB 2006/82 arbitrair zijn.

Hybride leningen

De arbitraire criteria van BNB 1998/208 hebben de wetgever ertoe gebracht, art. 10, lid 1, onderdeel d in te voeren. Deze bepaling vormt kort samengevat een aanscherping van de deelnemerschapsleningjurisprudentie. Vanwege minder stringente toepassingsvoorwaarden is van een hybride lening eerder sprake dan van een deelnemerschapslening. Opgemerkt zij wel dat – hoewel art. 10, lid 1, onderdeel d rente in aftrek beperkt – een hybride lening niet wordt aangemerkt als eigen vermogen.

Zeker gelet op HR 25 november 2005, BNB 2006/82, komt de vraag op in hoeverre art. 10, lid 1, onderdeel d nog noodzakelijk en gewenst is. In dit arrest oordeelde de

38. In Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF Scriptieprijs, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 324 e.v. onderscheidde ik nog 'slechts' vier categorieën.

39. Overigens kent art. 13a nog wel een met art. 13, lid 1 (oud) vergelijkbare aftrekbepkering. Deze dient mijns inziens te worden geschrapt.

Hoge Raad namelijk dat een lening met een partieel winstafhankelijke vergoeding en een looptijd van meer dan vijftig jaar moet worden aangemerkt als een deelnemerschapslening. Daarmee zijn de criteria voor de aanwezigheid van een deelnemerschapslening aanzienlijk minder scherp dan kon worden afgeleid uit BNB 1998/208, zie nader paragraaf 3.4.2.5. Ik pleit er daarom voor, zeker na BNB 2006/82, art. 10, lid 1, onderdeel d af te schaffen. Indien de wetgever het – gelet op de verschillen in criteria tussen de deelnemerschapslening en de hybride lening – nog niet wenselijk acht om art. 10, lid 1, onderdeel d af te schaffen, dient art. 10, lid 4 in ieder geval te worden geschrapt.

Een belangrijke reden voor de invoering van hybride lening wetgeving is gelegen in het feit dat met BNB 1998/208 kan/kon worden ingespeeld op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen.⁴⁰ Daarom kan deze bepaling, naast de categorie grondslagbewaker, tevens worden ingedeeld in de categorie buitenlands belastingsysteembewaker. In paragraaf 4.9.3.1 wierp ik de vraag op in hoeverre misbruik/gebruik werd gemaakt van deze kwalificatieverschillen. Uit de parlementaire geschiedenis kon worden afgeleid dat van massaal misbruik geen sprake was. Ondanks het feit dat BNB 1998/208 reeds een aantal jaren geleden werd gewezen, merkte de wetgever in 2001 namelijk het volgende op: *‘De maatregel heeft dan ook vooral een preventief karakter en zal daarom in beginsel geen budgettaire opbrengst genereren’*.⁴¹ Voorts zij opgemerkt dat de ruimte om in te spelen op kwalificatieverschillen ten gevolge van HR 25 november 2005, BNB 2006/82 op bepaalde vlakken beperkter is, dan zich in eerste aanleg liet aanzien.

8.4.3 Evenwichtbewakers

Een vreemde eend in de vennootschapsbelastingbijt is de tweede categorie, de samenhang- of evenwichtarresten. In dit onderzoek richt ik mij in eerste aanleg op financieringsverhoudingen tussen lichamen. De evenwichtsarresten bewaken nu evenwel juist het evenwicht tussen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Daarom heb ik deze jurisprudentie niet in een separaat hoofdstuk behandeld. Bovendien zijn deze arresten inmiddels achterhaald door wetswijzigingen.⁴² In voornoemde arresten wordt een in beginsel gerechtvaardigde renteaftrek niet toegestaan, ten faveure van het bewaren van het ‘hogere evenwicht’ tussen de Wet IB 1964 en de Wet Vpb 1969. De benadering die de Hoge Raad volgt, verdient niet mijn voorkeur. Het evenwicht dient in casu namelijk te worden gerealiseerd door reparatie in de inkomstenbelasting. Deze reparatie is door de wetgever ook uitgevoerd (in de inkomstenbelasting) voor situaties als in BNB 1986/294-295. Ik meen dat BNB 1996/299-300 ten onrechte is gecodificeerd in art. 10b. De met art. 10b gekozen benade-

40. Vergelijk in dit verband Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001, blz. 32.

41. MvT, TK, 2001-2002, 28 034, blz. 25.

42. Voor een uitgebreidere behandeling van deze arresten verwijs ik naar Van Strien, J.; Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF Scriptieprijs, Kluwer, Deventer, 2002, hoofdstuk 119-185.

ring werkt niet evenwichtsbewarend, maar juist evenwichtsverstoring. Er vindt namelijk beperking van renteaftrek plaats op het niveau van de vennootschap, terwijl er in beginsel tevens heffing plaatsvindt op het niveau van de renteontvanger (particuliere belegger). Art. 10b is als zodanig dus juist in tegenspraak met BNB 1996/299-300⁴³, en het verdient daarom de voorkeur art. 10b te schrappen.

8.4.4 *Buitenlands belastingstelselbewaker*

Verschillende bepalingen kunnen worden gekwalificeerd als 'buitenlands belastingstelselbewaker', waaronder bepalingen die (mede) ten doel hebben de belastinggrondslag van andere belastingjurisdicties veilig te stellen. Hierbij valt te denken aan art. 15ad, en dan in het bijzonder het onderdeel dat is gericht tegen kapitaalstortingen binnen fiscale eenheid. Deze bepaling is (vooral) gericht op het tegengaan van de zogenoemde bv 1-bv 2-structuren. Met deze structuren kon een zogenoemde 'double dip' (dubbele renteaftrek) worden bereikt door in te spelen op een check-the-boxsysteem (zie ook paragraaf 6.8.3.3). Deze structuren raken de Nederlandse belastinggrondslag niet op nadelige wijze. Er wordt in zo'n situatie zelfs nog een spread (het verschil tussen de renteopbrengst en de rentelasten) aangegeven in Nederland. De problemen moeten dan ook vooral worden gevonden in de Verenigde Staten. Deze hoeft Nederland mijns inziens strikt genomen niet te repareren. Ditzelfde geldt voor art. 10, lid 1, onderdeel d (zie paragraaf 8.3.2). In dit kader kunnen voorts vraagtekens worden geplaatst bij art. 8c. Met deze bepalingen wenst Nederland zich kennelijk te presenteren als 'goed verdragspartner'.⁴⁴ Deze opstelling acht ik vanuit een breder politiek en economisch oogpunt wel begrijpelijk.

8.4.5 *Systeembewakers*

De functie van de systeembewaker art. 13, lid 1 (tekst tot 1 januari 2004) is het beschermen van de Nederlandse heffinggrondslag tegen een onvolkomenheid in het systeem van de deelnemingsvrijstelling. De aftrekbepaling moet dan ook worden gezien in die context. De deelnemingsvrijstelling is namelijk een objectieve vrijstelling. De vraag komt op of deze vrijstelling een brutovrijstelling of een nettovrijstelling moet zijn. Uit budgettaire overwegingen heeft de wetgever er in het verleden voor gekozen, om kort samengevat een brutovrijstelling te verlenen in buitenlandse verhoudingen en een nettovrijstelling in binnenlandse verhoudingen. Het HvJ EG acht deze benadering strijdig met het EU-recht, zie het Bosalarrest BNB 2003/344.

Vanwege deze strijdigheid heeft de wetgever de in art. 13, lid 1 opgenomen aftrekbepaling geschrapt, voor zowel EU- als niet EU-situaties. Naast het feit dat art. 13, lid 1 een systeembewaker was, functioneerde deze aftrekbepaling praktisch gezien

43. Vergelijk in dit verband tevens Van Weeghel, die van mening is dat de evenwichtsbewakers herijking behoeven omdat zij zijn gericht op het evenwicht tussen de Wet Vpb 1969 en de Wet IB 1964 en niet op het evenwicht tussen de Wet Vpb 1969 en de Wet IB 2001, Van Weeghel, S.; Antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel, Universiteit van Amsterdam, TFO 2004/166.

44. Op de invulling van dit begrip ga ik niet nader in.

ook als een grondslagbewaker. Financiering van een buitenlandse deelneming met vreemd vermogen was ingevolge art. 13, lid 1 namelijk veelal fiscaal niet interessant. De rentelast kon op het niveau van de debiteur immers niet in aftrek worden gebracht, terwijl de rentebate mogelijk wel belast was bij de crediteur. Door het vervallen van deze bepaling wordt financiering van de acquisitie van buitenlandse deelnemingen met vreemd vermogen aantrekkelijker. Om uitholling van de Nederlandse heffinggrondslag te voorkomen is gelijktijdig met het schrappen van de systeembevrijdende kostenaftrekbeperking in art. 13, lid 1 (onder meer) de grondslagbewakende bepaling art. 10d ingevoerd, zie hierna.⁴⁵

Nu de kostenaftrekbeperking in art. 13, lid 1 is vervallen, dient mijns inziens ook de kostenaftrekbeperking in art. 13a te vervallen.

8.4.6 Grondslagbewakers

De laatste categorie renteaftrekbeperkingen is die van de grondslagbewakers. Dit zijn in wezen lapmiddelen die de Nederlandse heffinggrondslag moeten behoeden voor grondslagerosie. Momenteel bestaan er drie groepen artikelen die onder deze categorie kunnen worden geschaard:

1. Wetgeving tegen structuren waarbij eigen vermogen wordt omgezet in vreemd vermogen en waarin rentestromen op gang worden gebracht die voor het concern als geheel geen reële betekenis hebben: art. 10a, lid 1 en 2;
2. Wetgeving tegen financiering van de eigen overname: art. 14a, lid 8, art. 14b, lid 6 en art. 15ad, lid 1;
3. Wetgeving tegen financiering met 'te veel' vreemd vermogen: art. 10d.

Deze bepalingen hebben de mogelijkheden tot misbruik aanzienlijk teruggedrongen. Toch valt er het nodige op af te dingen, zie ook hiervoor. Zo blinken de artikelen niet uit in helderheid en ondubbelzinnigheid. Voorts bevatten de bepalingen overkill onder meer door de relatief zware bewijslast die in bepaalde situaties rust op belastingplichtigen. Ten slotte kennen deze bepalingen vanwege hun vormgeving een risico van strijdigheid met het EU-recht.

45. Vergelijk Van Weeghel, S.; Antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel, Universiteit van Amsterdam, TFO 2004/166.

8.4.7 Conclusie

Hierna volgt de matrix waarin de verschillende aftrekbeperingen worden weergegeven en gecategoriseerd.

Artikel/ arrest	Korte omschrijving	Hoofdstuk	Categorie
BNB 1988/ 217	De rente betaald op een geldverstrekking die de civielrechtelijke vorm heeft van een lening, maar feitelijk kwalificeert als kapitaal is niet aftrekbaar. Van zo'n uitzondering is sprake bij: <ul style="list-style-type: none"> – een schijnlening; – een bodemlozeputlening; – een deelnemerschapslening. 	3	Totaalwinstbewaker
Art. 8c	Renten ter zake van rechtens dan wel in feite direct of indirect samenhangende geldlening is niet aftrekbaar indien door de belastingplichtige met betrekking tot die geldleningen of rechtsverhoudingen per saldo geen reële risico's worden gelopen.	2	Buitenlands belasting-systeembewaker (en beperking verrekening bronbelasting)
Art. 10, lid 1, onderdeel d	Rente ter zake van leningen die bepaalde kenmerken hebben van eigen vermogen, is niet aftrekbaar.	4	Totaalwinstbewaker (buitenlands belasting-systeembewaker)
HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300 en art. 10b	Ter zake van een converteerbare obligatielening is slechts periodiek verschuldigde rente aftrekbaar en geen bedrag ter zake van het conversierecht.	2	Evenwichtbewaker
HR 8 juli 1986, BNB 1986/294-295	In bepaalde situaties hangt de renteaftrek in de vennootschapsbelasting af van de behandeling van de rente in de inkomstenbelasting.	2	Evenwichtbewaker
Art. 10a, lid 1	Rente ter zake van een aan de rechthebbende rechtens dan wel in feite direct of indirect schuldig gebleven winstuitdeling, teruggaaf van gestort kapitaal, kapitaalstorting of verstrekking/aflossing van een hybride lening is niet aftrekbaar.	6	Grondslagbewaker

Artikel/ arrest	Korte omschrijving	Hoofdstuk	Categorie
Art. 10a, lid 2	Rente ter zake van een lening die rehtens dan wel in feite is afgesloten bij een verbonden persoon, is van aftrek uitgesloten indien de lening verband houdt met een aantal nader in de wet omschreven rechtshandelingen.	6	Grondslagbewaker
Art. 10d	Een deel van de rentelasten is niet aftrekbaar indien een vennootschap met 'te veel' vreemd vermogen is gefinancierd.	7	Grondslagbewaker (na het vervallen van art. 13, lid 1)
Art. 13, lid 1 (tot 1 januari 2004)	Rente die verband houdt met deelnemingen is niet aftrekbaar indien deze rente geen verband houdt met in Nederland belastbare winst.	7 (art. 13)	Systeembewaker
Art. 13a	Rente die verband houdt met een bezitting die geen deelneming is op grond van art. 13, lid 2 tweede of derde volzin, is slechts aftrekbaar voor zover tot de winst positieve voordelen behoren van die bezitting.	2 (art. 13a)	
Art. 15ad, lid 1 (vergelijk ook art. 14a, lid 8, art. 14b, lid 6)	Een overnameholding mag de rente die is verschuldigd aan een verbonden lichaam gedurende de eerste acht jaar niet afzetten tegen de winst van de gekochte (werk)maatschappij.	6	Grondslagbewaker (buitenlands belastingstelselbewaker)

Matrix 2: Overzicht renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting en categorisering

Uit deze matrix blijkt dat de bestaande renteaftrekbeperkingen voortkomen uit zeer uiteenlopende oorzaken. Een vergelijking tussen de renteaftrekbeperkingen is daarom vrijwel onmogelijk. Daarom bestaat er voor de onderscheidenlijke problemen in de verschillende renteaftrekbeperkingen niet één universele oplossing.⁴⁶

Ondanks de verschillen vallen grosso modo twee rode lijnen te ontdekken in de meeste renteaftrekbeperkingen. Allereerst vormen alle nog bestaande wettelijke aftrekbeperkingen in meer of mindere mate een reactie op voor de schatkist ongunstige jurisprudentie. Deze bepalingen zijn mijns inziens daarom lapmiddelen, zonder dat er een weloordacht systeem in valt te ontdekken.⁴⁷ Het tweede punt is dat de

46. Dit is anders indien het huidige systeem van fiscale discriminatie van eigen ten opzichte van vreemd vermogen wordt verlaten.

47. Strien, J.; Van paniekvoetbal naar fundamentele herbezinning, blz. 287-300, in Buitengewone verdiensten, Opstellen aangeboden aan D.A. Albregtse.

meeste aftrekbepkeringen zien op rentebetalingen tussen gelieerde personen. In veel gevallen betreft het namelijk structuren, die door middel van rentestromen de Nederlandse heffingsgrondslag eroderen ten gunste van een gelieerde niet-belastingplichtige partij of een gelieerde partij gevestigd in een land waar de rentebaten niet of tegen een relatief laag tarief worden belast.

8.5 Presentatie oplossingen

8.5.1 Toekomst renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting

Tijdens een gastcollege op de VU Amsterdam, heeft de staatssecretaris van Financiën gesproken over de modernisering van de vennootschapsbelasting.⁴⁸ Bij deze herziening van de vennootschapsbelasting schetste hij de volgende randvoorwaarden:

1. Het kader van de EU-regelgeving;
2. De gedragscode voor belastingconcurrentie in EU- en OESO-verband;
3. De internationale geloofwaardigheid in relatie tot het verdragennetwerk;
4. De budgettaire neutraliteit; en
5. De praktische uitvoerbaarheid.

Van deze randvoorwaarden noemt de staatssecretaris de eis van de budgettaire neutraliteit *'misschien wel de belangrijkste randvoorwaarde waarbinnen de modernisering dient plaats te vinden'*.⁴⁹ Voorts is hij van mening dat er ten aanzien van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen thans geen wijzigingen behoeven plaats te vinden.

Ten aanzien van de aanpak van verschil behandeling eigenvermogen/vreemd vermogen merkt hij in relatie tot de vijfde randvoorwaarde het volgende op: *'Kernpunt bij het verschil in behandeling van eigen en vreemd is dat de uit te betalen vergoeding op vreemd vermogen aftrekbaar is en de vergoeding op eigen vermogen niet. In de fiscale literatuur wordt dit met enige regelmaat als knelpunt genoemd. In het algemeen leidt de afbakening niet tot ernstige problemen (onderstreping JvS) in de praktijk. Daarentegen zou gelijkschakeling leiden tot zeer grote effecten. Immers gelijkschakeling door het schrappen van de aftrekbaarheid van rentevergoedingen creëert een principiële kloof tussen de fiscale en commerciële winstberekening. Voorts betekent een dergelijke gelijkschakeling op nationaal niveau – ook na terugsluizing van de extra opbrengsten – een forse verslechtering van ons fiscaal vestigingsklimaat. Het gelijkschakelen naar de andere kant toe door een aftrek voor de vergoeding op eigen vermogen toe te staan leidt vermoedelijk tot zeer aanzienlijke belastingderving. (...). Bovendien lijkt een oplossing alleen mogelijk in internationaal verband. Overigens zou ook een gedeeltelijke gelijkschakeling niets oplossen. De aantrekkelijkheid om gebruik te maken van het verschil in behandeling blijft, zij het in mindere mate. Daarom heeft deze uitdaging vooralsnog weinig prioriteit bij de modernisering van de vennootschapsbelasting, zeker gelet op de andere uitdagingen die snel om een reactie van ons vragen'*.

48. Het verslag en bijbehorende presentatie van het gastcollege d.d. 19 februari 2004 zijn opgenomen op www.minfin.nl.

49. Verslag gastcollege VU Amsterdam 19 februari 2004, www.minfin.nl.

Anders dan de staatssecretaris ben ik van mening dat door het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen wel degelijk problemen ontstaan (zie ook hoofdstuk 2 voor de economische verstoringen en de hoofdstukken 3 tot en met 7 voor de meer fiscaaltechnische problematiek⁵⁰). Bovendien vind ik deze opmerking moeilijk te rijmen met wat wordt opgemerkt over antimisbruikbepalingen (waar de renteaftrekbeperkingen een belangrijk onderdeel van uitmaken) in de nota 'Werken aan winst'.

Dienaangaande is namelijk het volgende opgemerkt: 'De vennootschapsbelasting is in de loop van de tijd steeds ingewikkelder geworden. Niet alleen het bedrijfsleven en de belastingadviseurs klagen hierover, maar ook de Belastingdienst ervaart dit als een probleem (onderstreping JvS). Voor een groot deel is die ingewikkeldheid het gevolg van de invoering van anti-misbruikbepalingen. Een aantal anti-misbruikbepalingen is geïntroduceerd als reactie op in de praktijk geconstateerd onbedoeld gebruik van regelingen als de deelnemingsvrijstelling, de fiscale eenheid en de fiscale begeleiding van reorganisaties. Daarnaast is er een toenemend aantal anti-misbruikbepalingen opgenomen die zijn gericht tegen uitholling van de belastinggrondslag door gekunstelde renteaftrek'. Vergelijk voorts de volgende opmerkingen van de staatssecretaris naar aanleiding van vragen van de Tweede Kamer: 'Het is de bedoeling dat de opschoning van de renteaftrekbeperkingen deel gaat uitmaken van het wetsvoorstel dat zal volgen op 'Werken aan winst'. Zoals eerder aangegeven wordt het geheel aan renteaftrekbeperkingen kritisch onder de loep genomen. Daarbij worden het nut en de noodzaak van deze bepalingen mede beoordeeld in het licht van de thincapregeling. Gekeken wordt bijvoorbeeld naar de artikelen 10a, 14a, achtste lid, 14b, zesde lid en 15ad van de Wet Vpb, bepalingen gericht tegen gekunstelde rentelasten. De praktijk ervaart deze als ingewikkeld en ondoorzichtig, ook omdat voor het aantonen van de zakelijkheid van transacties verschillende criteria gelden, terwijl de mogelijkheid van tegenbewijs voor de belastingplichtige soms ontbreekt'.⁵¹

Gelet op het voorgaande zoek ik in de volgende paragrafen daarom naar fundamentele oplossingen die passen in het door mij opgestelde toetsingskader. Een fundamentele oplossing zou ook in overweging moeten worden genomen in het kader van Vpb 2007. Dat een fundamentele wijziging niet per definitie onmogelijk is, bewijst België met het per 1 januari 2006 ingevoerde systeem van notionele interestaftrek.

8.5.2 Indeling oplossingen en afbakening onderzoek

Inleiding

In de vorige hoofdstukken heb ik de problemen onderzocht die zijn verbonden met de huidige fiscale behandeling van de vergoedingen van eigen vermogen en vreemd vermogen. In deze paragraaf ga ik de bestaande alternatieven na voor het thans gehanteerde stelsel. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om alle mogelijke alternatieven te behandelen. Daarom volgt hierna eerst een afbakening van de te onderzoeken oplossingen. Vervolgens ga ik in op de systematiek die wordt gehanteerd bij dit onderzoek.

50. Voorts wijs ik op de in de hoofdstukken drie tot en met zeven aangehaalde literatuur.

51. Verslag, TK, 2005-2006, 30 107, blz. 21-22.

Afbakening: economisch

Een rigoureuze, maar eenvoudige manier om de in paragraaf 8.2.2 in kaart gebrachte problematiek op te lossen, is het afschaffen van de vennootschapsbelasting. Dit heeft evenwel aanzienlijke budgettaire gevolgen. Uit een overzicht van de Miljoenennota 2006 blijkt dat van de totale belastingopbrengsten ad € 137 mrd., een bedrag ad € 15,5 mrd. (11,3%) wordt opgebracht door de vennootschapsbelasting.⁵² Daarnaast leidt de afschaffing van de vennootschapsbelasting – waarbij er in wezen een belastingvrijdom in een kapitaalvennootschap ontstaat totdat winst wordt uitgekeerd – tot gedragseffecten, wat een nog grotere budgettaire derving zou betekenen. Een eventuele afschaffing dient daarom gepaard te gaan met flankerende maatregelen en/of alternatieven. In dit onderzoek beperk ik mij tot de behandeling van oplossingen die realiseerbaar zijn binnen de huidige vennootschapsbelasting. Deze beperking kan worden verdedigd vanuit de economische premissen dat:

- kapitaalinkomen moet worden belast⁵³; en
- kapitaalinkomen moet worden belast aan de bron in de vorm van een vennootschapsbelasting.⁵⁴

Deze premissen komen voort uit de economische literatuur. Vergelijk in dit verband Mintz, die de drie (voornaamste) redenen noemt voor de aanwezigheid van een vennootschapsbelasting:⁵⁵

1. door middel van de vennootschapsbelasting betalen vennootschappen voor publieke goederen en diensten (die voor hen leiden tot hogere winsten)⁵⁶;

52. De gemiddelde opbrengst over de jaren 2002 tot en met 2006 bedraagt circa EUR 16,5 mrd. (vergelijk de miljoenennota's van 2002-2006, www.minfin.nl).

53. Opgemerkt zij wel dat de belastingheffing op kapitaal economische verstoringen met zich brengt en daarmee een excess burden. Door het belasten van kapitaalinkomen wordt namelijk de intertemporele keuzebeslissing van subjecten aangetast, bijvoorbeeld consumeren versus investeren/sparen. Vergelijk in dit verband De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 3-4 en de daarin aangehaalde literatuur. Hij meent, evenals Mintz (zie hierna), dat kapitaalinkomen vanuit het oogpunt van efficiency dient te worden belast (door middel van een vennootschapsbelasting).

54. Voor dit onderzoek gelden deze premissen als een gegeven. Aan deze premissen gaat de beslissing vooraf het jaarlijkse inkomen ('comprehensive income') te belasten, vergelijk Mintz, J.; The corporation tax: a survey, Fiscal Studies, 1995, vol. 16, nr. 4, blz. 25.

55. Mintz, J.; The corporation tax: a survey, Fiscal Studies, 1995 vol. 16, nr. 4, blz. 24-36.

56. Vergelijk het profijtbeginsel zoals gedefinieerd in De Langen, W.J.; Grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht (deel I), Samsom NV, Alphen aan den Rijn, 1954, blz. 184-221. Overigens wijst Mintz – mijns inziens terecht – wel op de administratieve problemen die een 'benefit tax' met zich zou brengen: Mintz, J.; The corporation tax: a survey, Fiscal Studies, 1995, vol. 16, nr. 4, blz. 25. Tussen winst en de omvang en kwaliteit van de publieke goederen en diensten zit naar verwachting wel een relatie, maar deze twee grootheden zijn zeker niet perfect gecorreleerd.

2. de vennootschapsbelasting voorkomt oneindig winstuitstel (in relatie tot de inkomstenbelasting)⁵⁷; en
3. de vennootschapsbelasting is een economisch efficiënte wijze om de meer-opbrengst/overwinst te belasten.⁵⁸

Mintz benadrukt dat de belasting op overwinst vanuit economisch perspectief efficiënt is, aangezien zo'n belasting de spaar- en investeringsbeslissing niet beïnvloedt. Voorts wordt de financieringsbeslissing niet beïnvloed.⁵⁹ Er wordt dan namelijk slechts belasting geheven over de winst voor zover deze uitgaat boven het geëiste normale rendement. Van belang is wel dat ook de kosten van het financieren met eigen vermogen aftrekbaar zijn.

Er kunnen ook andere redenen worden aangevoerd voor het bestaan van een vennootschapsbelasting. Zo wijst De Mooij er op, dat het belasten van kapitaal reeds bestaande economische verstoringen kan mitigeren. Een belasting op arbeidsinkomen kan resulteren in een economische onderinvestering in onderwijs/scholing en een overinvestering in kapitaalgoederen. Door het belasten van kapitaalgoederen kunnen deze verstoringen worden verlicht.⁶⁰

Gelet op het voorgaande ga ik er hierna vanuit dat kapitaalinkomen moet worden belast aan de bron in de vorm van een vennootschapsbelasting. Dit betekent dat de volgende eventuele oplossingen in dit onderzoek niet nader worden geanalyseerd:

- een stelsel van volledige integratie;
- het afschaffen vennootschapsbelasting (financiering door verhoging grondslag/tarief van andere belastingen).

57. Mintz formuleert het als volgt: *'The most important rationale given for corporate taxation is with respect to its role as a backstop (onderstreping JvS) for the personal tax'*. Mintz, J.; The corporation tax: a survey, Fiscal Studies, 1995, vol. 16, nr. 4, blz. 25. Nederland hanteert hierbij een klassiek stelsel (dubbele heffing). De Mooij wijst er op dat vanuit economisch perspectief een verrekeningsstelsel beter invulling geeft aan het uitgangspunt dat een vennootschap het verlengstuk vormt van natuurlijke personen, om – in navolging van Stevens – direct te wijzen op de complexiteit en onevenwichtigheid van een verrekeningsstelsel in het bijzonder in internationale situaties, De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 2 en 5 en Stevens, L.G.M.; Belasting: weggegooid geld?: Fiscaal beleid 2002, Kluwer, Deventer, 2002. Voorts wordt met de vennootschapsbelasting beoogd een globaal evenwicht te bereiken tussen ondernemers die hun onderneming drijven in vennootschapsvorm en ondernemers die kiezen voor een persoonlijke onderneming. Vanuit fiscaal perspectief zou een ondernemer indifferent moeten zijn jegens de keuze van de ondernemingsvorm. Zie nader paragraaf 2.2.2, ook voor kritiek op de gedachte van het globaal evenwicht.
58. Vergelijk Mintz, J.; The corporation tax: a survey, Fiscal Studies, 1995, vol. 16, nr. 4, blz. 35. Mintz verwijst in dit verband tevens naar het Meade rapport: Meade, J.; The structure and reform of direct taxation, the Meade report, Allen and Unwin, Boston, 1978.
59. Mintz wijst in dit verband onder meer op de 'optimal tax literature', Atkinson, A. & Stiglitz, J. Lectures on Public Economics, McGraw Hill, London, 1980. Vergelijk voorts De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 4.
60. De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 5.

Afbakening: geen consumptiebelasting

Een alternatieve belastinggrondslag is bijvoorbeeld de belastingheffing op consumptie.⁶¹ Een belangrijk voordeel van een consumptiebelasting is dat het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen niet langer relevant is vanuit fiscaal perspectief. (Bepaalde vormen van) consumptiebelastingen kunnen kort samengevat feitelijk worden gezien als een cashflowbelasting waarbij naast de lonen tevens de overwinst wordt belast.⁶² De marginale druk op investeringen is dan nihil, betekent dat (intertemporele) investeringsbeslissing niet wordt verstoord. Dit is een belangrijk economisch voordeel. Dergelijke stelsels kennen evenwel ook nadelen. Een belangrijk probleem is dat het naar verwachting lastig zal zijn, om van het huidige stelsel van winstbepaling over te stappen naar een stelsel van heffing over toegevoegde waarde. Hoe dient bijvoorbeeld om te worden gegaan met bestaande compensabele verliezen. Het belasten van de cashflow betekent voorts in wezen een belasting op 'oud' vermogen, mede omdat afschrijving niet meer mogelijk is.⁶³ Auerbach wijst er op dat een directe invoering van een (Hall-Rabushka) flat tax zonder overgangsperiode (in ieder geval in de situatie van de Verenigde Staten) naar verwachting de meest positieve uitwerking heeft op het bruto binnenlands product.⁶⁴ Uit onderzoek blijkt dat (partiële) vervanging van inkomsten- en vennootschapsbelasting door een consumptiebelasting – onder voorwaarden – naar verwachting positieve economische effecten heeft.⁶⁵ Auerbach merkt dienaangaande op, dat simulaties aantonen dat het direct invoeren van een flat tax⁶⁶ economische efficiency verbetert en wellicht een stijging van het bruto nationaal product (GDP) van 8% oplevert op lange termijn.⁶⁷ Opgemerkt zij hierbij wel, dat de hiervoor aangehaalde onderzoeken zien op de Verenigde Staten. Anders dan de economie van de Verenigde

61. Mintz, J.; The corporation tax: a survey, Fiscal Studies, 1995, vol. 16, nr. 4, blz. 32-35. In Cnossen, S.; Hoe kan consumptie worden belast?, WFR 2000/680 onderscheidt Cnossen een vijftal varianten.
62. Hierbij staat de keuze open de lonen te belasten op het niveau van de onderneming dan wel op het niveau van de werknemers in de vorm van een loonbelasting.
63. Vergelijk Cnossen, S.; Hoe kan consumptie worden belast?, WFR 2000/680. Onder een cashflowbelasting zijn investeringen namelijk direct aftrekbaar, in plaats van dat deze geleidelijk worden afgeschreven over de gebruiksperiode. Zo'n wijziging stuit daarom naar verwachting op politieke/maatschappelijke weerstand.
64. Auerbach, A.; The future of fundamental tax reform, The American Economic Review, Nashville, May 1997, vol. 87, Iss. 2, blz. 143-146. Een 'flat tax' (een variant van een consumptie/cashflowbelasting) houdt kort samengevat in dat naast de inkopen (inclusief bedrijfsmiddelen) ook lonen ten laste van de te belasten toegevoegde waarde kunnen worden gebracht. De lonen worden dan in beginsel belast op het niveau van de werknemers. Het niet-toestaan van renteaftrek op het niveau van de crediteur maakt een wezenlijk deel uit van een flat tax. Tegenover het niet-toestaan van renteaftrek, staat dat de rente evenmin wordt belast op het niveau van de crediteur vergelijk The flat tax, Hall, R.E. & Rabushka, A.; Hoover Institution Press, Stanford, 1985, blz. 48-49.
65. Cnossen verwijst in dit verband naar Auerbach, Cnossen, S.; Hoe kan consumptie worden belast?, WFR 2000/680 en Auerbach, A.J.; The future of fundamental tax reform, The American Economic Review, Nashville, May 1997, vol. 87, Iss. 2, blz. 143-146.
66. Auerbach heeft het over de 'Hall-Rabushka flat tax', zie The flat tax Hall, R.E.; Rabushka, A.; Hoover Institution Press, Stanford, 1985, in het bijzonder hoofdstuk 3 (blz. 40-68).
67. Deze simulaties zijn gebaseerd op een model gepresenteerd in Auerbach, A.J. & Kotlikoff, L.J.; Dynamic fiscal policy, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

Staten is de Nederlandse economie extreem open. Het is daarom niet waarschijnlijk dat Nederland een dergelijke wijziging zelfstandig kan doorvoeren, terwijl het evenmin goed denkbaar is dat een dergelijk stelsel binnen de EU enige kans van slagen heeft.⁶⁸ Mede daarom ga ik in dit onderzoek niet nader in op (de invoering van) een consumptiebelasting.

Afbakening: eigen vermogen versus vreemd vermogen

Benaderingen die niet direct aangrijpen op het gebied van de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen op het niveau van de belastingplichtige, vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Dit betekent onder meer dat ik niet nader inga op het voorstel van de Europese Commissie inzake Home State Taxation (hierna HST).⁶⁹ HST houdt kort samengevat in dat er op geconsolideerde basis winst wordt belast in het land waar de tophoudster van een concern is gevestigd. Vervolgens wordt de door de 'home state' geheven belasting verdeeld over de lidstaten waar het desbetreffende concern vestigingen heeft.⁷⁰ HST behelst vooral een wijze van internationale/Europesrechtelijke belastingharmonisatie in plaats van een aanpassing van de Nederlandse wetgeving met het oog op het oplossen van de bestaande problemen op het gebied van het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.⁷¹ Hetzelfde geldt voor Common Base Taxation (hierna CBT).⁷²

68. In dit verband wijs ik op de volgende opmerking van Cnossen: 'Ten slotte blijkt weer eens dat groot-scheepse vervanging van de ene belasting door de andere belasting niet (onderstreping JvS) zijn aan te bevelen. Belastingheffing is een risicomijdende aangelegenheid. Verlaging en vereenvoudiging kunnen ook onder de inkomsten- ven vennootschapsbelasting worden bereikt in samenhang met de invoering of verhoging van de BTW of een andere consumptiebelasting.', Cnossen, S.; Hoe kan consumptie worden belast?, WFR 2000/680.

69. Tackling the corporation tax obstacles of small and medium-sized enterprises in the Internal Market – outline of a possible Home State Taxation pilot scheme, Brussel, 2005, COM(2005)702 final, www.europa.eu.int.

70. Zie nader Bovenberg, A.L.; Cnossen, S. & De Mooij, R.A.; Hoe harmoniseren we de vennootschapsbelasting: rechtsom of linksom?, WFR 2002/107.

71. Marres merkt op dat indien Nederland kiest voor HST, Nederland zijn renteaftrekbeperkingen in beginsel kan handhaven ten aanzien van concerns waarvan het hoofdkantoor in Nederland is gevestigd. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, proefschrifteditie, blz. 276-277. Op zichzelf is dit juist. De vraag is evenwel in hoeverre deze aftrekbeperkingen dan nog noodzakelijk zijn, ervan uitgaande dat de heffing plaatsvindt op geconsolideerde basis. De interne rentestromen vallen dan immers weg in de consolidatie, voor zover de crediteuren deel uitmaken van het concern. De mogelijkheden voor winstdrainage en dergelijke zijn daarmee aanzienlijk beperkt, vergelijk tevens Bovenberg, A.L.; Cnossen, S. & De Mooij, R.A.; Hoe harmoniseren we de vennootschapsbelasting: rechtsom of linksom?, WFR 2002/107. Bovendien ligt het in de lijn der verwachting dat een dergelijk systeem leidt tot het convergeren van verschillende belastingstelsels. Indien dit namelijk niet gebeurt, kan het fiscaal attractief zijn om het hoofdkantoor te vestigen in het land met het meest aantrekkelijk vennootschapsbelastingregime.

72. Onder CBT wordt een belasting verstaan waarbij de deelnemende (EU-)staten over een uniforme heffingsgrondslag vennootschapsbelasting heffen, wederom op geconsolideerde basis in het land van de groepsmoeder. Evenals bij HST worden de belastingopbrengsten verdeeld op basis van een bepaalde sleutel. Bovenberg, Cnossen en De Mooij merken op dat HST kan worden gezien als een overgangsregeling naar een CBT, R.A. Bovenberg, A.L.; Cnossen, S. & De Mooij, R.A.; Hoe harmoniseren we de vennootschapsbelasting: rechtsom of linksom?, WFR 2002/107.

Voorts blijven systemen zoals een duale inkomstenbelasting buiten aanmerking.⁷³ Dit stelsel ziet met name op het onderwerp belastingheffing over arbeid versus belastingheffing op kapitaal en minder op het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.

Indeling

De in dit onderzoek beschreven problematiek komt voort uit een verschillende fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. De oplossing van de verstoringen die hierdoor ontstaan, kan worden gevonden in de gelijke fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Uit het oogpunt van het overzicht breng ik deze alternatieven onder in twee categorieën:

1. Varianten waarin de vergoeding op eigen vermogen fiscaal (min of meer) ongelijk wordt behandeld ten opzichte van de vergoeding op vreemd vermogen;
2. Varianten waarin de vergoeding op eigen vermogen fiscaal (min of meer) gelijk wordt behandeld ten opzichte van de vergoeding op vreemd vermogen.

De verschillende varianten binnen deze twee categorieën worden in de paragrafen 8.5.3 en 8.5.4 nader in kaart gebracht en behandeld. De oplossingen in de tweede categorie delen – vanuit economisch perspectief – het voordeel dat de financieringsbeslissing van een vennootschap in beginsel niet wordt verstoord. Voordat ik inga op deze oplossingen, besteed ik aandacht aan enkele alternatieven, waarbij eigen vermogen en vreemd vermogen verschillend worden behandeld.

8.5.3 *Geen gelijke behandeling eigen vermogen en vreemd vermogen*

8.5.3.1 *Alternatieven*

In deze paragraaf ga ik in op oplossingen die realiseerbaar zijn binnen de vennootschapsbelasting, maar waarbij het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen blijft bestaan:

1. de huidige aftrekbepkeringen vervangen door een brede thin-capitalisationwetgeving;
2. het repareren van het huidige systeem;
3. een alternatief binnen het huidige systeem;
4. een tariefverlaging.^{74, 75}

73. In een duale inkomstenbelasting wordt kapitaalinkomen gescheiden belast van arbeidsinkomen. Arbeidsinkomen wordt belast tegen het progressieve tarief, terwijl kapitaalinkomen tegen een proportioneel vennootschapsbelastingtarief wordt belast. Voor een nadere behandeling hiervan verwijs ik naar Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871 en Stevens, L.G.M.; Duaal verhaal, Er zal geheven worden!, Opstellen op 19 oktober aangeboden aan prof. dr. S. Cnossen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2001, blz. 309-320.

74. Van Weeghel, S.; Antwoorden van prof. Mr. S. van Weeghel, Universiteit van Amsterdam, TFO 2004/166.

75. Het Nederlandse concernfinancieringsmaatschappijenregime (art. 15b) is aangemerkt als (verboden) staatssteun door de Europese Commissie (vergelijk de beschikking van de Europese →

8.5.3.2 *Thin capitalisation**Vervangen huidig systeem door thin capitalisation*

Thin-capitalisationwetgeving kent bepaalde voordelen. Zo is thin capitalisation in zijn zuiverste vorm relatief eenvoudig toepasbaar. Voorts is het een internationaal bekende wijze van renteaftrekbeperking. In de literatuur hebben verschillende auteurs mede daarom bepleit om alle bestaande aftrekbeperkingen te schrappen en een generiek werkende thin-capitalisationwetgeving in te voeren.⁷⁶

Heithuis stelt voor art. 10d te beperken tot geldleningen van verbonden lichamen.⁷⁷ Voorts dienen zijns inziens art. 10a en art. 10, lid 1, onderdeel d te vervallen en dient rente in het algemeen aftrekbaar te zijn, mits de corresponderende rentebate bij de crediteur in een belastingheffing wordt betrokken die naar Nederlandse maatsstaven redelijk is.⁷⁸ Tegen het systeem van Heithuis heb ik de volgende bezwaren.

Door een strenge compenserende heffingtoets in te voeren, kan er nog steeds economisch dubbele heffing ontstaan. Naast het niet-aftrekbaar zijn van de rente tegen het Nederlandse tarief, vindt er immers nog een – zij het naar Nederlandse maatsstaven ‘onredelijke’ – heffing plaats over de rente op het niveau van crediteur.⁷⁹ Een ander

→ Commissie van 17 februari 2003, nummer C (2003) 568, definitief, PbEG L 180). Hierdoor is het CFM-regime met ingang 11 juli 2001 ingetrokken. Mede gelet op het afschaffen van het CFM-regeling en het risico dat ondernemingen Nederland zullen verlaten is de regering door de Tweede Kamer (mede) verzocht een onderzoek uit te voeren naar de wenselijkheid en mogelijkheid van de introductie van een boxenstelsel in de vennootschapsbelasting waarbij reguliere ondernemingswinsten, financieringsactiviteiten en R&D-activiteiten verschillend worden belast. Aan dit verzoek is gehoorgegeven in de Nota ‘Werken aan winst’, Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl blz. 26-29. Deze rentebox is mijns inziens evenwel geen oplossing voor het bestaande probleem ten aanzien van het verschil in behandeling van eigen en vreemd vermogen. In dit onderzoek besteed ik hier daarom geen nadere aandacht aan; zie verder bijvoorbeeld: Boer, J.P.; Booij, J.A.; Castelijns, B.E.J.; Vording, H. & De Vries, R.J.; Blauwdruk voor een boxenstelsel in de vennootschapsbelasting, WFR 2004/1857. Voor een toelichting van de staatssecretaris op de voorgestelde rentebox (art. 12c) verwijs ik naar MvT, 2005-2006, 30 572, blz. 11-12 en 52-54.

76. Vergelijk bijvoorbeeld Heithuis, E.J.W.; De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, WFR 2003/1869, Van der Geld, J.A.G.; Antwoorden van prof. dr. J.A.G. van der Geld, Universiteit van Tilburg, TFO 2004/154 en De Vries, R.J.; Antwoorden van prof. mr. R.J. de Vries, Universiteit van Leiden en Nyenrode, TFO 2004/164, alwaar De Vries bepleit om niet-aftrekbare rente op het niveau van de crediteur te behandelen als dividend.
77. Of Heithuis deze benadering nog steeds onderschrijft, is overigens de vraag nu hij in Heithuis, E.J.W.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026 een systeem van vermogensaftrek verdedigt, zie paragraaf 8.5.5.3 en verder.
78. Heithuis heeft er begrip voor als deze ‘redelijke heffing’ een heffing is naar een tarief dat hoger is dan 7%. Dit percentage komt voort uit het in hoofdstuk 6 behandelde IFSC-arrest, HR 8 februari 2002, BNB 2002/118. Aldaar oordeelde de Hoge Raad namelijk tegen het licht van art. 15b, dat 7% belastingheffing kwalificeert als een redelijke heffing.
79. Dit zou kunnen worden opgelost door een ordinary tax credit te verlenen aan de debiteur voor de in het buitenland geheven belasting. Aan deze oplossing zitten overigens weer haken en ogen. Een verdere behandeling hiervan valt buiten het bestek van dit onderzoek.

punt is de mogelijk strijdigheid met EU-recht van de compenserende heffingstoets (zie ook paragraaf 6.7.3 en paragraaf 8.3.3 ten aanzien de mogelijke strijdigheid van de tegenbewijsregelingen bij art. 10a). Wat geldt voor art. 10a ten aanzien van een dergelijke toets, geldt mijns inziens *mutatis mutandis* ook voor een compenserende heffingstoets bij art. 10d.

De problematiek van de dubbele heffing kan worden opgelost door de rente op het overmatige vreemd vermogen te herkwalficeren tot dividend.⁸⁰ Vervolgens zou dit dividend onder een deelnemingsvrijstelling/rentevrijstelling moeten worden gebracht. Deze benadering is overigens zeker niet zonder problemen, zo is het de vraag of een dergelijke deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is in niet-moeder-dochterrelaties. Voorts is het de vraag hoe dit moet worden vormgegeven in buitenlandse situaties. Het land waar de buitenlandse crediteur is gevestigd, zal immers veelal geen deelnemingsvrijstelling toepassen op reguliere rente.⁸¹ Dat het land van de debiteur de rente op grond van thin-capitalisationwetgeving herkwalficeert tot dividend, doet daaraan in beginsel niet af. Tevens wijs ik nog op mogelijke problemen ten aanzien van verdragstoepassing van geherkwalficeerde rente. Valt een tot dividend geherkwalficeerde rentebetaling nu onder het dividend- of onder het renteartikel? Om enigszins effectief te zijn, dient een systeem van thin capitalisation in combinatie met een 'rentevrijstelling' in groter verband te worden ingevoerd, zoals op OESO-niveau. In situaties waarin het land van de crediteur geen rentevrijstelling kent, treedt evenwel dubbele heffing op.

Verder ontstaat de vraag hoe moet worden gehandeld indien een land mét een rentevrijstelling, rente ontvangt uit een land zonder thin-capitalisationwetgeving, maar waar op het niveau van de debiteur naar de wettelijke maatstaven van het land waar de renteontvanger is gevestigd, wel sprake is van thin capitalisation. Voorts wijs ik er op dat bij thin capitalisation in beginsel een totaalbenadering geldt. De renteaftrekbepkering wordt immers niet op leningniveau bepaald, maar op het niveau van het lichaam.⁸² Het identificeren van rente op het niveau van de ontvanger als rente die niet in aftrek is gekomen, is daarom in beginsel niet mogelijk.⁸³ Een pro-ratabenadering zou wel mogelijk zijn.

80. Getuige het overzicht thin-capitalisationregels in een aantal relevante landen – Nota navv, TK, 2003-2004, 29 210, blz. 24 – gebeurt dit onder meer in Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk.

81. Vergelijk dit verband het in paragraaf 3.3.2.2 behandelde arrest HR 24 mei 2002, BNB 2002/231. In dit arrest wenste belanghebbende (tevergeefs) haar vordering op haar in Duitsland gevestigde dochter aan te merken als deelnemerschapslening om de deelnemingsvrijstelling hierop te kunnen claimen, aangezien de rente op het niveau van de dochter (deels) niet aftrekbaar was.

82. Dit zou overigens anders zijn als een soort LIFO systeem zou worden gehanteerd. Hiermee bedoel ik dat bij overschrijding van de thin-capitalisationgrens de rente op de laatst aangegeven lening niet ten laste van de winst kan worden gebracht. Alsdan kan (behoudens praktische problemen) op het niveau van de renteontvanger worden vastgesteld of de corresponderende last wel of niet onder een thin-capitalisationbepkering is gevallen.

83. Een andere benadering is om leningen met een compenserende heffing niet mee te nemen bij het berekenen van de omvang van het teveel aan vreemd vermogen.

Een ander nadeel van thin capitalisation is dat dergelijke wetgeving economisch onwenselijk kan uitwerken. Zo is het denkbaar dat een aanvankelijk 'gezond' gefinancierde vennootschap door onvoorziene omstandigheden verlieslijdend wordt, en zo doende inteert op haar eigen vermogen. Zonder het aantrekken van additioneel vreemd vermogen kan de vennootschap dan in een positie geraken, waarin sprake is van een teveel aan vreemd vermogen met alle nadelige gevolgen van dien. Het is dan immers denkbaar dat de vennootschap bedrijfseconomisch verlies maakt (waarbij de rentelasten worden meegenomen als kostenpost), maar toch in belastingbetalende positie verkeert, omdat fiscaal de rentelasten buiten aanmerking worden gelaten. Het laat zich raden dat dit de economische positie van deze vennootschap verder verslechtert en het herstel bemoeilijkt.

Een andere onopgeloste kwestie, is de vraag of leningen van derden al dan niet moeten worden meegenomen bij de bepaling van de omvang van een eventueel teveel aan vreemd vermogen. Een argument vóór is de charme van de eenvoud. Flankerende maatregelen die omvorming van interne leningen of kapitaal in externe leningen tegengaan, zijn dan vanuit Nederlands perspectief niet nodig. Voorts wordt voorkomen dat leningen opzettelijk via Nederland worden gestructureerd. Het is dan namelijk niet (meer) aantrekkelijk om als Nederlandse vennootschap leningen van niet-gelieerde partijen op te nemen, gevolgd door kapitaalstortingen in of dividenduitkeringen aan gelieerde partijen met een financiering(sbehoefte), maar geen mogelijkheid tot renteaftrek. Een belangrijk nadeel van het uitbreiden van thin capitalisation tot leningen van niet-gelieerde partijen, is dat er een aanzienlijk risico bestaat op economisch dubbele heffing. Dit is anders indien er (bijvoorbeeld in OESO-verband) een systeem wordt geïmplementeerd waarin rentebaten – waarvan de corresponderende rentelast niet-aftrekbaar is ingevolge thin capitalisation – niet wordt belast.

Ten slotte wijs ik er op dat thin capitalisation geen oplossing biedt voor de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Financiering met vreemd vermogen blijft binnen de grenzen van thin capitalisation aantrekkelijker dan financiering met eigen vermogen. De in kaart gebrachte economische bezwaren blijven derhalve bestaan. Thin capitalisation voorkomt slechts financiering met excessief vreemd vermogen.

Gelet op de genoemde bezwaren acht ik een systeem van thin capitalisation niet wenselijk.

Reflecterende debt/equity verhoudingen

PARTIËLE REFLECTIE

Een belangrijk nadeel van art. 10d is dat zich economisch dubbele heffing kan voordoen. Deze bepaling kent namelijk niet het tegenbewijs dat heffing bij de crediteur kwalificeert als 'tegenbewijs', waardoor de rentelast alsnog aftrekbaar is, vergelijk art. 10a, lid 3, onderdeel b. Evenmin wordt als oplossing geboden dat de rentebate niet wordt belast, zoals geldt voor art. 10, lid 1, onderdeel d in combinatie met art. 13, lid 3, onderdeel b. Een stelsel van reflecterende vermogensverhoudingen zoals ge-

presenteerd door Michielse, kan deze problematiek (deels) oplossen.⁸⁴ Michielse draagt deze oplossing aan, omdat thin capitalisation zijns inziens vooral een probleem is van internationale winstallocatie wat hij probeert op te lossen. Deze 'oplossing' – die overigens sterk lijkt op reguliere thin-capitalisationwetgeving – merk ik overigens slechts aan als symptoombestrijding. Ik zie deze benadering echter niet als een fundamentele oplossing voor het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

Een stelsel van reflecterende vermogensverhouding kent twee varianten.⁸⁵ De variant van de beperkte reflectie is een soort thin-capitalisationwetgeving. Indien – op dochter-/debiteurniveau – een bepaalde verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen wordt overschreden, mag deze vennootschap de rente over het excedent vreemd vermogen niet ten laste brengen van haar winst. Boven die verhouding bestaat er geen reciprociteit, wat dubbele heffing oplevert. Deze reciprociteit geldt overigens alleen binnen concernverhoudingen.⁸⁶ Dit zou met zich brengen dat de rente op deze lening aftrekbaar is, indien een onafhankelijke derde boven de vastgestelde verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen nog bereid is een additionele financiering te verstrekken. Michielse wijst er op dat een onafhankelijke derde in de regel niet snel bereid zal zijn om boven een bepaalde grens nog een lening te verstrekken.⁸⁷ Op zichzelf is dit juist. Indien de groepsleningen evenwel worden achtergesteld ten opzichte van de leningen van niet-gelieerde partijen, is dit wellicht anders.⁸⁸ Immers de vermogensverhouding van de debiteur mag dan wel relatief onevenwichtig zijn, voor de onafhankelijke crediteur vormt een achtergestelde lening in beginsel ook een soort garanti kapitaal. Pas nadat de aflossing en rente aan de derde zijn voldaan, komt rente en terugbetaling van de achtergestelde lening aan de orde. Ook hier blijft het daarom de vraag, of het wel wenselijk is dat betaalde rente ter zake van leningen van derden, ongeclausuleerd ten laste van de winst kan worden gebracht.

ABSOLUTE REFLECTIE

Binnen bepaalde grenzen van de verhouding eigen vermogen en vreemd vermogen wordt de civielrechtelijke kwalificatie van rente fiscaal ook gevolgd. Hierdoor mag de rentelast bij de debiteur ten laste van de winst worden gebracht en is de corresponderende rentebate bij de crediteur belastbaar. Indien een zekere grens wordt

84. Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 300-302.

85. Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 301.

86. Vanzelfsprekend is het mogelijk om deze benaderingen uit te breiden met leningen van onafhankelijke derden. Er kunnen dan evenwel diverse praktische problemen ontstaan. Zo zal het een onafhankelijke crediteur niet altijd zonder meer duidelijk zijn hoe de financieringsverhouding van de debiteur is en wat daarvan de fiscale consequenties zijn.

87. Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 301.

88. Hierbij dient wel telkens de toets te worden aangelegd dat er nog wel sprake is van een echte lening, vergelijk BNB 1988/217.

overschreden, wordt rente geherkwalificeerd tot dividend en is deze niet langer aftrekbaar. Daarnaast heeft de herkwalificatie gevolgen op het niveau van de crediteur. In binnenlandse moeder-dochterverhoudingen kan deze geherkwalificeerde rente onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. Een aanpassing in art. 13 waarin expliciet wordt bepaald dat dergelijke geherkwalificeerde rente onder de deelnemingsvrijstelling valt, acht ik wel onontbeerlijk. In buitenlandse verhoudingen zoekt Michielse de oplossing in een 'corresponding adjustment' op het niveau van de crediteur. Hierdoor ontstaat ook op internationaal niveau reciprociteit. Hiertoe dient wel de buitenlandse wetgeving als zodanig te worden ingericht. Gegeven het feit dat het hier een variant betreft van thin-capitalisationwetgeving, verwijs ik voor de bezwaren tegen dit stelsel naar de vorige paragraaf.

8.5.3.3 *Repareren huidige systeem*

In paragraaf 8.5.1 heb ik aandacht besteed aan de door de staatssecretaris gestelde randvoorwaarden aan de herziening van de Wet Vpb 1969. Een van de voornaamste voorwaarden is budgettaire neutraliteit. Binnen dit kader is het denkbaar de bestaande complexe antimisbruikbepalingen te stroomlijnen. In deze paragraaf geef ik enkele voorbeelden ter verbetering van het huidige systeem.⁸⁹ Hierbij houd ik de volgorde van de hoofdstukverdeling aan.

Jurisprudentiële herkwalificatie van leningen

Ik onderschrijf het systeem dat de Hoge Raad in HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en 11 maart 1998, BNB 1998/208 heeft ontworpen ter zake van jurisprudentiële herkwalificatie van leningen. Ik acht het gewenst dit systeem te blijven hanteren en voorts te codificeren. Hierbij is wel van belang dat geen wettelijke criteria worden geformuleerd voor de schijnlening en de bodemlozeputlening. Zoals in hoofdstuk 3 kwam vast te staan, bestaan er voor deze leningen namelijk geen harde toepassingscriteria. Voor de deelnemerschapslening is dit anders. De in BNB 1998/208 genoemde criteria kunnen daarentegen wel wettelijk worden vastgelegd. Hierbij kan desgewenst worden gekozen voor de nader invulling die de Hoge Raad aan BNB 1998/208 heeft gegeven in BNB 2006/82. Ik acht deze criteria overigens te stringent. Mijn voorkeur gaat uit naar een minder strenge invulling. In beide situaties kunnen art. 10, lid 1, onderdeel d en de leden 2, 3 en 4 worden geschrapt.

Een belangrijk voordeel van codificatie van BNB 1988/217 is de toegenomen rechtszekerheid. Bij codificatie zou BNB 1998/217 namelijk ook moeten worden geïncorporeerd in art. 13. Daarmee zou het buiten kijf staan dat een deelnemerschapslening – al dan niet in combinatie met een kwalificerend aandelenpakket – onder de deelnemingsvrijstelling valt. Tot BNB 2006/82 werd hier in de literatuur door sommige

89. Voor een uitgebreide behandeling van de manco's van de huidige aftrekbeperkingen verwijs ik naar de hoofdstukken 3 tot en met 7.

auteurs namelijk nog aan getwijfeld.⁹⁰ Thans is het duidelijk dat een deelnemerschapslening in combinatie met kwalificerend aandelenbelang onder de deelnemingsvrijstelling valt. Of ook in situaties zonder kwalificerend aandelenbelang sprake is van een deelnemerschapslening is nog niet duidelijk.⁹¹

Zoals ik hiervoor aangaf, kan art. 10, lid 1, onderdeel d worden geschrapt. Vanuit Nederlands perspectief bestaat er namelijk strikt genomen geen belang om de rente ter zake van een lening met een winstafhankelijke rente en een looptijd van elf jaar niet toe te laten in aftrek op de winst. De in de Nederlandse wet opgenomen beperking houdt vooral verband met het tegengaan van het inspelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen.⁹² Art. 10, lid 1, onderdeel d is niet gericht op het beschermen van de Nederlandse heffingsgrondslag tegen grondslagerosie. Hiertegen waken immers al art. 10a en art. 10d. Voorts heb ik in hoofdstuk 4 geconstateerd dat art. 10, lid 1, onderdeel d voor een belangrijk deel 'window dressing' is naar het buitenland. Aftrek in Nederland van winstafhankelijk rente blijft namelijk gewoon mogelijk, met dien verstande dat het zaak is de lening te vervangen na een periode van tien jaar, bij voorkeur bij een andere crediteur. Bovendien kan art. 10, lid 1, onderdeel d worden gebruikt voor tax planning. Zo kan dubbele heffing ingevolge art. 10d worden voorkomen door gebruik te maken van art. 10, lid 1, onderdeel d in combinatie met art. 13, lid 3, onderdeel b. De rente van een hybride lening is weliswaar niet aftrekbaar, maar dubbele heffing komt niet aan de orde indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op het niveau van de renteontvanger.

Indien de wetgever de hybride leningwetgeving wenst te handhaven, verdient het mijns inziens de sterke aanbeveling om art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. te stroomlijnen. Hierbij dienen in ieder geval de volgende (vraag)punten de revue te passeren:

- Is het handhaven van een tussencategorie van eigen vermogen en vreemd vermogen wenselijk?
- Is het bezwaarlijk dat geen beperking van renteaftrek plaatsvindt, indien leningen met een winstafhankelijke vergoeding om de tien jaar worden 'ververst'? Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord is reparatie denkbaar door bijvoorbeeld opvolgende leningen bij fictie als een lening aan te merken.⁹³

90. Vergelijk in dit verband, Fortuin P.; Informeel kapitaal: deelnemingsvoordelen en (kwijtscheldings)winst, WFR 1994/1646 en Jimmink, A.G.; Informal investors in de vennootschapsbelasting, opgenomen in *De Informal Investor: van ondernemer naar investeerder/ondernemer*, Pre-adviezen nr. 14 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, IBFD Publications, Amsterdam, 1997, blz. 85-86.

91. Vergelijk de redactie van V-N bij BNB 2006/82. Mede gelet op het HR 22 november 2002, BNB 2003/34 (Falconarrest) valt thans niet in te schatten hoe ruim de Hoge Raad meent dat de deelnemingsvrijstelling moet worden uitgelegd. Gelet op het voorkomen van dubbele heffing sta ik in beginsel niet afwijzend tegen het onder voorwaarden vatten van de deelnemerschapslening onder de deelnemingsvrijstelling ook indien een kwalificerend aandelenpakket ontbreekt.

92. De renteaftrekbeperking werkt evenwel veel breder uit.

93. Overigens levert invoering van een dergelijke bepaling naar verwachting praktische problemen op. Wat is bijvoorbeeld een opvolgende lening?

- Door art. 10, lid 4 te schrappen wordt eveneens de in art. 13, lid 3 bestaande on-evenwichtigheid weggenomen.
- Het wegnemen van onduidelijkheden in art. 10, lid 1, onderdeel d en lid 2 (zoals behandeld in hoofdstuk 4).

Voor een nadere behandeling van de probleempunten van art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. alsmede de oplossingen verwijs ik naar hoofdstuk 4.

Antiwinstdrainagewetgeving

In hoofdstuk 6 constateerde ik verschillende probleempunten in de winstdrainagebepalingen. Voor een uitgebreide behandeling van deze probleempunten verwijs ik dan ook naar dit hoofdstuk. Ik acht het onder meer gewenst dat de wetgever duidelijkheid schept over de gevolgen van het verstrekken van garanties binnen de groep. De uitlatingen van de wetgever zijn namelijk strijdig met de uitlatingen van de staatssecretaris/uitvoerder. Dit brengt (onwenselijke) rechtsonzekerheid met zich. Een belangrijk aandachtspunt is voorts het in overeenstemming brengen van art. 10a (en art. 15ad) met het EU-recht. Dit kan geschieden door het afschaffen van de tegenbewijsregelingen van de compenserende heffing. Dit brengt evenwel aanzienlijke dubbele heffing met zich, wat economisch ongewenst is en tevens leidt tot een slechter vestigingsklimaat. Het op efficiënte wijze in overeenstemming brengen van art. 10a met het EU-recht is daarom geen eenvoudige exercitie.

Een oplossing zou kunnen liggen in het aanpassen van het EG-Verdrag. De EU-lidstaten hebben namelijk afgesproken vooralsnog niet over te gaan tot harmonisatie van directe belastingen. Met een beroep op het EG-Verdrag trachten belastingplichtigen – regelmatig met succes – evenwel een zekere vorm van harmonisatie af te dwingen. Indien het HvJ EG een nationaal rechtelijke fiscale bepaling strijdig acht met een van de vier verdragsvrijheden zoals opgenomen in art. 39 tot en met 58 EG-Verdrag, vindt deze strijdige regeling geen toepassing. Dit is anders indien er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor deze strijdigheid, dan wel dat de standstillbepaling van art. 57, lid 1 toepassing vindt. Nu het EG-Verdrag een bundeling van afspraken vormt tussen de lidstaten, is het denkbaar af te spreken dat in bepaalde naar nationaal recht ongewenste situaties inbreuk mag worden gemaakt op de verdragsvrijheden. Thans is het zo dat een belastingplichtige zijn verdragsvrijheden slechts lijkt te verliezen in situaties van apert misbruik.⁹⁴ Of het bestrijden van naar nationaal recht ongewenste situaties zou moeten prevaleren boven het toestaan van de verdragsvrijheden is een politieke keuze waarover ik mij hier verder niet uitlaat.

94. Vergelijk HvJ EG 5 oktober 1994, Jurispr. 1994 blz. I-4795 (TV 10), HvJ EG 12 mei 1998, zaak, Jurispr. 1998 blz. I-2843 (Kefalas), HvJ EG 14 december 2000, BNB 2003/169 (Emsland-Stärke), HvJ 4 oktober 2001, BNB 2002/396 (Goed Wonen) HvJ, 29 april 2004 (gevoegd door HvJ EG), V-N 2004/24.17 (Leusden/Holin) en HvJ EG 21 februari 2006, BNB 2006/170 (Halifax). Vergelijk in dit verband tevens HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes).

Zonder aanpassingen in het EG-Verdrag acht ik de kans aanzienlijk dat art. 10a strijdig is met EU-recht.⁹⁵ Ik zie geen mogelijkheden tot aanpassing met instandhouding van de basis van art. 10a, maar zonder overkill. Wel kan worden afgevraagd in hoeverre de compenserende heffingstoets nu daadwerkelijk noodzakelijk is. Uit eigen ervaring is mij bekend, dat eerder een beroep wordt gedaan op de tegenbewijsregeling van de compenserende heffing dan op het tegenbewijs van de zakelijk overwegingen. Dit komt eenvoudigweg voort uit het feit dat de eerste vorm van tegenbewijs in de regel makkelijker is te leveren dan de tweede vorm.⁹⁶ Indien deze eerste vorm wordt geschrapt, ligt het in de lijn der verwachting dat er meer een beroep zal worden gedaan op enig overgebleven vorm van tegenbewijs. Bovendien heeft een belastingplichtige de schijn van zakelijkheid mee wanneer de rente op het niveau van de crediteur is belast naar een tarief dat naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Ontstaat er na het schrappen van de compenserende heffingstoets beleid dat er feitelijk op neerkomt, dat er in situaties van heffing in Nederland sprake is van zakelijke overwegingen terwijl dit bij heffing in een EU-lidstaat tegen een aanmerkelijk lager tarief niet het geval is, is er materieel nog steeds sprake van strijdigheid met EU-recht.

Thin capitalisation

Ook tegen de huidige thin-capitalisationwetgeving vallen de nodige bezwaren aan te voeren (zie hoofdstuk 7 en paragraaf 8.3.4). Thin capitalisation kan – althans in de huidige vorm – leiden tot dubbele heffing. Een compenserende heffingstoets lijkt mij vanwege vermeende strijdigheid met EU-recht niet de oplossing.⁹⁷ Het is denkbaar om rente die valt onder thin capitalisation bij de renteontvanger onder een vrijstelling te laten vallen. Dubbele heffing is dan niet aan de orde. In binnenlandse verhoudingen is dit relatief eenvoudig te realiseren. In buitenlandse verhoudingen ligt dit aanmerkelijk gecompliceerder, aangezien een dergelijke benadering gevolgen heeft voor de allocatie van inkomensbestanddelen.

Conclusie ten aanzien van reparatie huidige stelsel

Mijn conclusie is dat ook binnen de huidige situatie wel enige winst valt te behalen door de in de hoofdstukken 3 tot en met 7 geconstateerde probleempunten aan te pakken, zoals het schrappen van art. 10, lid 4. Het aanpakken van probleempunten kan overigens wel weer andere problemen veroorzaken. Zo kan het wegnemen van de strijdigheid met EU-recht in de tegenbewijsregelingen van art. 10a, bijvoorbeeld leiden tot dubbele heffing, indien de regeling voor het overige in stand blijft. Voorts lost het repareren en opschonen van de huidige wettelijke bepaling de economische verstoringen die voortkomen uit het verschil in de fiscale behandeling van de vergoedingen voor eigen vermogen en vreemd vermogen niet op. Daarom verdient een

95. Dit is wellicht anders indien de tegenbewijsregeling van art. 10, lid 3, onderdeel a heel breed wordt uitgelegd, vergelijk HVJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes).

96. Situaties waarin sprake is van een lening die uiteindelijk afkomstig is van een onafhankelijk derde vormen hierop een uitzondering.

97. Anders Heithuis, E.J.W.; De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, WFR 2003/1869.

fundamentele herziening van het huidige systeem sterke aanbeveling boven het repareren van de huidige bepalingen.

8.5.3.4 *Alternatief binnen het huidige systeem*

Zoals ik in paragraaf 8.5.1 heb aangegeven, lijkt de wetgever (vooralsnog) niet geneigd om over te gaan tot een fundamentele herbezinning ten aanzien van de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Voorts blijkt uit het bovenstaande dat het zeer lastig is om het huidige systeem op een juiste wijze te repareren. Aan de andere kant is het duidelijk dat de lappendeken van renteaftrekbeperkende maatregelen bijdraagt aan een bijzonder complexe Wet Vpb 1969, die het vestigingsklimaat evident niet ten goede komt.

Indien de wetgever niet wenst over te gaan tot een fundamentele herziening, verdient het volgende alternatief nadere studie. Art. 10, lid 1, onderdeel d c.s., art. 10a, art. 10b art. 10d en art. 15ad worden geschrapt. BNB 1988/217 (en eventueel ook BNB 1998/208) wordt (desgewenst) gecodificeerd.⁹⁸ Een dergelijke operatie zonder flankerende wetgeving leidt evident tot een aanzienlijke uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. Daarom stel ik flankerende wetgeving voor, die het midden houdt tussen art. 10, lid 1, onderdeel d en art. 10d. Indien een vennootschap met bovenmatig veel vreemd vermogen is gefinancierd, wordt de vergoeding op deze lening bij fictie aangemerkt als dividend.⁹⁹ Deze herkwalficatie geldt dan voor zowel de debiteur als de crediteur. Twee benaderingen zijn denkbaar. In de eerste ligt de bewijslast voor de bovenmatige financiering met eigen vermogen bij de fiscus. In de tweede variant ligt de bewijslast voor een evenwichtige financiering daarentegen bij de belastingplichtige. Hierbij zou voor belastingplichtigen een bepaalde safe harbour kunnen gelden, bijvoorbeeld een verhouding van 15%:85% die ook werd gebruikt bij de standaard deelnemingsvrijstellingsregels. Voorts is denkbaar de thans bestaande verhouding van 1:3 van art. 10d toe te passen. Welke benadering ook zou worden gekozen, deze herkwalficatie zou beperkt moeten blijven tot echt onevenwichtige verhoudingen.¹⁰⁰

De vraag rijst hoe een dergelijk systeem moet worden geïmplementeerd. Ten principale zou mijns inziens geen leningsgewijze benadering moeten worden gekozen. De eerste lening die wordt aangegaan zorgt namelijk evenzeer voor een teveel aan vreemd vermogen als de laatste lening. Dit zou betekenen dat de herkwalficatie bij

98. Strikt noodzakelijk is dit (na BNB 2006/82-83) niet, maar op deze wijze kan wel de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling wettelijk worden verankerd. Hierbij zou de deelnemingsvrijstelling eveneens op deelnemerschapsleningen in zusterrelaties van toepassing kunnen worden verklaard.

99. Desgewenst kan de hoofdsom van de lening worden aangemerkt als kapitaal.

100. Luxemburg kent blijkens het overzicht bij de NvW 'thin-capitalisationregels in een aantal relevante landen', TK, 2003-2004, 29210, blz. 24, een enigszins vergelijkbaar systeem. In Luxemburg gelden namelijk geen formele thin-capitalisationbepalingen, maar wordt een lening tussen gelieerde partijen niet aangemerkt als lening indien onafhankelijke derden niet bereid zouden zijn geweest een lening onder dergelijke voorwaarden te verstrekken. Hierbij geldt overigens een safe harbour van 85:15.

een teveel aan vreemd vermogen op pro-ratawijze zou moeten geschieden. Dit levert echter mogelijk praktische bezwaren op, met name aan de kant van de crediteur. Praktisch gezien is daarom wellicht een leningsgewijze benadering te verkiezen. Dit houdt in dat slechts de rente van bepaalde leningen wordt geherkwalificeerd tot dividend. Dit kan bijvoorbeeld worden bereikt door een 'LIFO-systeem' te hanteren. De lening die het laatst is opgenomen raakt besmet.¹⁰¹

Indien niet alle leningen concurrent zijn, is het ook denkbaar om boven een bepaalde vermogensverhouding niet de laatst aangegane lening te kwalificeren als besmet, maar de meest achtergestelde/risicodragende.¹⁰² Indien de belastingplichtige aan nemelijk kan maken dat een onafhankelijke derde in zo'n situatie wel een risicodragende lening zou verstrekken, zou renteaftrekbeperking niet aan de orde moeten zijn. Een dergelijke benadering kan worden neergelegd in een tegenbewijsregeling.¹⁰³ Wel ligt het in de lijn der verwachting dat deze benadering tot uitvoeringsproblemen leidt.

Verder kan beperking van renteaftrek worden uitgesloten indien de moedermaatschappij van een concern verhoudingsgewijs met meer vreemd vermogen wordt gefinancierd dan de belastingplichtige, vergelijk art. 10d, lid 5 en 6.¹⁰⁴ Voorts kan een tegenbewijsregeling worden ingevoerd inhoudende dat beperking van renteaftrek niet aan de orde komt, indien de scheve verhouding gebruikelijk is in de branche van de debiteur.¹⁰⁵ Daarnaast kan een deelnemingsvrijstelling worden ingevoerd op het niveau van de crediteur, indien de rente op een lening niet aftrekbaar is omdat deze vanwege de vermogensverhouding wordt geherkwalificeerd tot kapitaal. Hiermee

101. In een situatie waarin een vennootschap continu nieuwe lening aangaat en bestaande schulden aflost, levert een leningsgewijze benadering overigens ook praktische bezwaren op. Een oplossing kan zijn om voor de kwalificatie uit te gaan van bepaalde peildata. Opgemerkt zij wel dat dit ook kan leiden tot arbitraire uitkomsten.

102. Dit betekent wel dat het nadien aangaan van leningen invloed kan hebben op de kwalificatie van bestaande leningen.

103. Getuige het overzicht bij de NvW 'thin-capitalisationregels in een aantal relevante landen', TK, 2003-2004, 29210, blz. 24, kent de thin-capitalisationwetgeving in Denemarken en Duitsland een dergelijke tegenbewijsregeling.

104. Ik acht het raadzaam om de enkelvoudige balans (van de fiscale eenheid) aan te merken als de balans van de belastingplichtige, vergelijk paragraaf 7.5.4.

105. Deze laatste tegenbewijsregeling brengt overigens wel een verschil in behandeling met zich tussen belastingplichtigen die werkzaam zijn in verschillende branches. Voorts dient de tegenbewijsmaatregel zo te worden ingekleed, dat een dergelijke maatregel niet kwalificeert als verboden staatssteun ex art. 87 EG-Verdrag. Een andere benadering is om bepaalde leningen te koppelen aan bepaalde activa. Zwitserland kent een systeem waarin een vennootschap slechts buitenlandse leningen kan aantrekken tot een bepaald percentage van de activa. De hoogte van het percentage hangt af van het soort activum, vergelijk overzicht bij de NvW 'thin-capitalisationregels in een aantal relevante landen', TK, 2003-2004, 29210, blz. 24. Nederland kan vanwege EU-recht een dergelijke beperking tot buitenlandse leningen mijns inziens niet effectueren. Voor binnenlandse verhoudingen dient derhalve eenzelfde benadering te worden gevolgd als voor buitenlandse verhoudingen.

wordt economisch dubbele heffing voorkomen.¹⁰⁶ In binnenlandse verhoudingen is dit relatief eenvoudig te bereiken, voor buitenlandse situaties is dit gecompliceerder. Zo kwalificeert een (geherkwalificeerde) rentebetaling niet snel als een uitkering van winst ex art. 1 M-D-richtlijn. Nadere afspraken binnen de EU en/of de OESO zijn daarom wenselijk. Het ligt mijns inziens in de lijn der verwachting dat met bepaalde landen afspraken kunnen worden gemaakt. Landen zoals Duitsland en Frankrijk herkwalficeren het bovenmatige deel van de rente ingevolge thin-capitalisationwetgeving tot dividend.¹⁰⁷

Ik acht voornoemd stelsel echter niet ideaal. Dit komt voort uit het feit dat rente en dividend binnen bepaalde grenzen verschillend worden behandeld. Voorts gelden nog praktische bezwaren. Mijn voorkeur gaat uit naar een meer fundamentele oplossing, zie hierna.

8.5.3.5 *Tariefverlaging*

Een bijzonder eenvoudige 'oplossing' is het doorvoeren van een tariefverlaging.¹⁰⁸ Een tariefverlaging lost het probleem van het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen echter niet op. Dit betekent dat de financieringsbeslissing nog steeds wordt verstoord, wat resulteert in een excess burden. Aan de andere kant kent een tariefverlaging economisch gezien ook verschillende voordelen. Zo wordt weliswaar de financieringsbeslissing nog steeds verstoord, maar een tariefverlaging mitigeert deze verstoring wel. Het fiscale voordeel van financiering met vreemd vermogen ten opzichte van financiering met eigen vermogen neemt immers af. Voorts wordt ook de investeringsbeslissing minder verstoord. Ook de internationale verstoringen van de vennootschapsbelasting worden gemitigeerd.¹⁰⁹ De totale economische gevolgen van een tariefverlaging ten opzichte van een andere oplossing – zoals de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement (zie hierna) – laten zich niet (eenvoudig) inschatten.

In tegenstelling tot de onduidelijkheid ten aanzien van de economische effecten van een tariefverlaging, zijn de fiscale effecten mijns inziens wel duidelijk. Uitgaande van het schrappen van alle aftrekbeperkingen blijft arbitrage aantrekkelijk zolang er tariefverschillen bestaan.¹¹⁰ Daarvoor is een tariefverlaging als oplossing namelijk veel te ongericht. Uitgaande van een tarief van circa 25% acht ik het waarschijnlijk

106. Hierbij moet worden besloten of deze deelnemingsvrijstelling voor de geherkwalificeerde rente slechts geldt in gelieerde (moeder-dochter)situaties, of ook in niet-gelieerde situaties.

107. Zie het overzicht bij de NvW 'thin-capitalisationregels in een aantal relevante landen', TK, 2003-2004, 29210, blz. 24.

108. Vergelijk Van Weeghel, S.; Antwoorden van prof. Mr. S. van Weeghel, Universiteit van Amsterdam, TFO 2004/166, die overigens tariefverlaging niet ziet als losstaande maatregel, maar meer in combinatie met andere maatregelen (bijvoorbeeld grondslagbewakers).

109. In dit verband wijs ik op Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 10-20, die de partiële terugverdieneffecten berekent van een vennootschapsbelastingverlaging. Om een volledig inzicht te krijgen in de economische effecten van een tariefverlaging zou een volledig evenwichtmodel nodig zijn.

dat arbitrage aantrekkelijk blijft en vormt een tariefverlaging geen echte oplossing voor de problematiek die voortkomt uit het verschil in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Overigens zouden bepaalde vormen van arbitrage na het schrappen van de bestaande renteaftrekbepkeringen nog wel kunnen worden bestreden met *fraus legis*, vergelijk bijvoorbeeld HR 26 april 1989, BNB 1989/217 en HR 7 juni 1989, BNB 1990/72.¹¹¹ Deze jurisprudentie blijft namelijk gelding houden, ook nadat art. 10a is geschrapt. Weliswaar bestaat art. 10a mede uit gecodificeerde winstdrainagejurisprudentie, het schrappen van dit artikel betekent niet dat de wetgever van mening is dat willekeurige en voortdurende belastingverijdeling in overeenstemming is met de wet.¹¹² Indien de wetgever de winstdrainagejurisprudentie zou willen overrulen, dient hij dit – in ieder geval zuiver theoretisch – door middel van wetgeving te doen. Praktisch gezien behaalt de wetgever hetzelfde resultaat (het overrulen van winstdrainagejurisprudentie), indien hij in de Memorie van toelichting bij de wet tot het schrappen van art. 10a expliciet aangeeft dat hiermee niet alleen de lijn van art. 10a wordt verlaten, maar tevens die van de winstdrainagejurisprudentie.¹¹³

Gelet op het voorgaande, gaat – vanuit fiscaalrechtelijk oogpunt – mijn voorkeur uit naar een gelijke fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen, in plaats van een generieke tariefverlaging, waar de staatssecretaris vooralsnog de voorkeur aan geeft.

Dienaangaande merkt hij het volgende op: 'Een vermogensaftrek is derhalve gunstig voor activiteiten met een laag rendement, welke zijn gefinancierd met relatief veel eigen vermogen. Ondernemingsactiviteiten met een normaal of een hoog rendement en een normale financieringsverhouding zijn meer gebaat bij een laag tarief'.¹¹⁴

Hieruit lijkt mijns inziens te moeten worden afgeleid dat de staatssecretaris overwinst niet, dan wel zo laag mogelijk wil belasten. Deze opvatting acht ik opvallend, aangezien deze niet in lijn is met het economische uitgangspunt dat een belasting op

110. Wel dienen de verschillen voldoende groot te zijn om ook de kosten die zijn verbonden aan de structuur goed te maken.

111. Anders Van Weeghel, S.; Antwoorden van prof. Mr. S. van Weeghel, Universiteit van Amsterdam, TFO 2004/166.

112. Overigens is het de vraag of de schatkist is gebaat, bij het terugkeren naar de oude jurisprudentie. Een belangrijke overweging van de wetgever om art. 10a in te voeren was immers HR 20 september 1995, BNB 1996/5 (het Plc-arrest). Voorts is het de vraag hoe de Hoge Raad thans vanuit EU-rechtelijk oogpunt tegen de destijds door hem ontworpen 'compenserende heffingstoets' aankijkt.

113. Vergelijk in dit verband voorts de relatie tussen art. 2.5 Wet IB 2001 en het grensambtenarenarrest HR 12 maart 1980, BNB 1980/170. Hoewel dit arrest in beginsel blijft bestaan na de invoering van art. 2.5 Wet IB 2001, beroept de fiscus zich er niet op omdat de wetgever te kennen heeft gegeven met deze bepaling een andere benadering te willen volgen. Belastingplichtigen zullen zich er voorts (in beginsel) evenmin op beroepen, omdat art. 2.5 Wet IB 2001 voor hen gunstiger uitwerkt dan BNB 1980/170.

114. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 27.

overwinst economisch efficiënt is.¹¹⁵ Mogelijk staat de staatssecretaris de benadering voor dat vooral de investeringen van buiten Nederland gevestigde multinationals moeten worden gestimuleerd. Indien met name multinationals overwinst zouden behalen – wat mijn inziens nog maar de vraag is – is de benadering van de staatssecretaris enigszins begrijpelijk.¹¹⁶ In het voorstel van de staatssecretaris blijft (anders dan bij een CBIT, zie hierna) echter wel de ongelijkheid tussen eigen en vreemd vermogen bestaan en dus ook de daarmee gepaard gaande verstoringen.

Gelet op het voorgaande, is mij niet duidelijk waarom de staatssecretaris een generieke tariefverlaging in combinatie met het in stand houden van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, verkiest boven een meer fundamentele herziening, zoals de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement. Kennelijk zijn de positieve economische effecten van deze verlaging groter dan die van de gelijkschakeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Dit blijkt evenwel niet uit 'Werken aan winst'. Daarom rust mijns inziens de 'bewijslast' op de staatssecretaris om aannemelijke te maken dat een tariefverlaging economisch en fiscaal positiever uitpakt dan een fundamentele oplossing, zoals een stelsel van aftrek van primair rendement.

8.5.4 *Gelijke behandeling eigen vermogen en vreemd vermogen*

8.5.4.1 *Vreemd vermogen behandelen als eigen vermogen*

De fiscale bevoordeling van vreemd vermogen boven eigen vermogen kan worden opgeheven door vreemd vermogen wat betreft de aftrekbaarheid van de financieringsvergoeding te behandelen als eigen vermogen. Hierdoor kan noch rente noch dividend ten laste van de winst worden gebracht. Verschillende subvarianten zijn mogelijk:

1. het niet-verlenen van een aftrek voor rente, ongeacht herkomst;¹¹⁷
2. het defiscaliseren van groepsleningen, onder te verdelen in:
 - het defiscaliseren van groepsrente;¹¹⁸
 - het defiscaliseren van groepsschulden, wat inhoudt dat rentelasten en waarde-mutaties van leningen de fiscale winst niet raken;¹¹⁹
3. een generiek aftrekverbod voor rente betaald aan verbonden lichamen, behoudens voor zover de rente is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven

115. Vergelijk Atkinson, A. & Stiglitz, J. *Lectures on Public Economics*, McGraw Hill, London, 1980, Mintz, J.; *The corporation tax: a survey*, Fiscal Studies, 1995, vol. 16, nr. 4, blz. 35 en De Mooij, R.A.; *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 4.

116. Vergelijk in dit verband Bond, S.R.; *Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base*, in *Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform*, Edited by Cnossen, S.; Oxford University Press, 2000, blz. 161-178.

117. Doornebal beschrijft een systeem genaamd 'asset-based profit accounting' (ABPA), vrij vertaald winstbepaling aan de hand van de activa van een vennootschap, Doornebal, J.; *Renteaftrek in de vennootschapsbelasting, een verdwijnend fenomeen?*, NTFR 2002/365.

redelijke heffing, dan wel de gelieerde partij zelf bij derden heeft geleend om de lening aan belastingplichtige te kunnen verstrekken.¹²⁰

Deze systemen leiden in beginsel tot een aanzienlijke vereenvoudiging van de vennootschapsbelasting.¹²¹ Deze alternatieven betekenen overigens wel dat een discrepantie kan ontstaan tussen de fiscale behandeling van de productiefactor arbeid (kosten zijn wel aftrekbaar) en de productiefactor kapitaal (deze kosten zijn niet aftrekbaar). Dit verschil in behandeling kan economische verstoringen met zich brengen. Theoretisch kan een dergelijke benadering op het niveau van de debiteur/werkgever leiden tot een stimulans in het benutten van de productiefactor arbeid boven de productiefactor kapitaal.¹²²

8.5.4.2 Rente niet aftrekbaar

Algemeen

Bij defiscalisering van schulden op het niveau van de debiteur treedt voorts in beginsel dubbele heffing op.¹²³ Doornebal merkt dienaangaande op, dat dit zou moeten betekenen dat interest en dividend evenmin dienen te worden belast op het niveau van de ontvanger.¹²⁴ Dit kan op verschillende wijzen worden gerealiseerd, zoals door een 'deelnemingsvrijstelling' voor (groeps)rente.¹²⁵ Een nadeel van deze benadering is dat in situaties waarbij het buitenland is betrokken, economisch dubbele heffing en heffingsvacua kunnen optreden. Dubbele heffing treedt op, indien het buitenland de uit Nederland afkomstige rente belast zonder rekening te houden met de (wijze

118. Vergelijk bijvoorbeeld Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 293-300, Van der Geld, J.A.G.; Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, Afscheidsbundel prof. mr. D. Juch, Over de grenzen van de vennootschapsbelasting. Vergelijk voorts Bellingwout, J. & Van der Lande, M.; Een nieuw concept voor groepsrente, Discussieforum VPB 2007, www.minfin.nl, die pleiten voor de invoering van een boxenstelsel. Van der Geld is evenwel fel gekant tegen de invoering van een dergelijk stelsel, Van der Geld, J.A.G.; Boxen in de nieuwe Wet VPB 2007? Hebben we dan niets geleerd van het verleden, WFR 2004/1505.
119. Vergelijk Kampschöer, G.W.J.M.; Vpb 2007 opbouwbaar uit zes (eenvoudige) bouwstenen, WFR 2004/1503.
120. Zie Bouwman, J.N.; Antwoorden van prof. dr. J.N. Bouwman, Rijksuniversiteit Groningen, TFO 2004/146.
121. Vergelijk verder Bellingwout, J. & Van der Lande, M.; Een nieuw concept voor groepsrente, Discussieforum VPB 2007, www.minfin.nl alsmede Marres, O.C.R.; Winstdrainage door renteaftrek, proefschrifteditie, blz. 282.
122. Evident spelen er bij deze keuze meer zaken een rol. De theorie tussen de verstoring van de belasting op arbeid versus de verstoring van de belasting op kapitaal is tamelijke gecompliceerd en blijft in dit onderzoek buiten aanmerking.
123. Vergelijk in dit kader Van der Geld, J.A.G.; Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, Afscheidsbundel prof. mr. D. Juch, Over de grenzen van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002, blz. 83-93.
124. Doornebal, J.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting, een verdwijnend fenomeen?, NTFR 2002/365.
125. Vergelijk Van der Geld, J.A.G.; Antwoorden van prof. dr. J.A.G. van der Geld, Universiteit van Tilburg, TFO 2004/154.

van) belastingheffing in Nederland en zonder een 'deelnemingsvrijstelling' op rente toe te passen. Indien alleen Nederland een dergelijk systeem invoert, kan dit negatieve implicaties hebben voor het Nederlandse vestigingsklimaat. Zo wordt het voor in Nederland gevestigde vennootschappen verhoudingsgewijs duurder om geld te lenen.¹²⁶ De aftrekpost vervalt, terwijl het rentepercentage niet zal dalen. Dit rentepercentage wordt immers op de wereldmarkt vastgesteld. Keerzijde van de medaille is dat – uitgaande van een gelijkblijvende vennootschapsbelastingopbrengst – met deze grondslagverbredende maatregel een generieke tariefverlaging mogelijk is. Een dergelijke tariefverlaging werkt positief uit op het Nederlandse vestigingsklimaat.

Voorts ontstaat er mogelijk een discrepantie indien (groeps)rente wordt vrijgesteld. De in Nederland gevestigde crediteur wordt dan niet belast voor de ontvangen rente. In binnenlandse verhoudingen loopt dit glad, omdat tegenover de onbelaste bate een niet-aftrekbare last staat. Is de debiteur daarentegen in het buitenland gevestigd, dan is het goed denkbaar dat de rente daar wel ten laste van de winst kan worden gebracht. Indien Nederland dan niet heft, ontstaat er een heffingsvacuüm. Een oplossing zou zijn om de rentevrijstelling te beperken tot binnenlandse verhoudingen, dan wel slechts toe te staan indien op het niveau van de debiteur geen aftrek mogelijk is.¹²⁷ Een dergelijke benadering is evenwel mogelijk strijdig met EU-recht. Strijdigheid acht ik – mede gelet op HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal) waarin het ook om een objectief criterium ging – namelijk niet volledig uitgesloten.¹²⁸ Desalniettemin wijzen Schempp (HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342) en Marks & Spencer (HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72) in een andere richting. In deze arresten lijkt een trend waarneembaar, dat een compenserende heffing wellicht toch een toelaatbaar criterium is, zie verder nog hierna.¹²⁹ Het antwoord op de vraag of bovenstaande beperking strijdig zou zijn met EU-recht laat zich mijns inziens evenwel niet zonder meer negatief beantwoorden. Ik acht het daarom raadzaam om niet te kiezen voor oplossingen die mogelijk strijdig zijn met EU-recht.

Van der Geld stelt als oplossing voor, om – in afwachting van de invoering van het nieuwe systeem elders in de wereld – een tax credit te verlenen tot het bedrag dat wordt betaald over de ontvangen rente bij de crediteur.¹³⁰ Van der Geld erkent dat deze benadering (nog wel enige) problemen met zich brengt, zoals progressiviteit in

126. In gelijke zin Vleggeert, J.; Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/1482.

127. Vergelijk in dit kader HvJ EG 12 juli 2005, (Schempp), BNB 2005/342.

128. Marres meent dat er geen sprake is van strijdigheid, omdat het hier een objectief criterium betreft, Marres, O.C.R.; Winstdrainage door rente-aftrek, proefschrifteditie, blz. 279. Dat het hier een objectief criterium betreft is op zichzelf juist, maar door het aldus in te kleden, zal het voornamelijk leiden tot heffing in grensoverschrijdende situaties.

129. Vergelijk echter ook HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes).

130. Van der Geld, J.A.G.; Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, Afscheidsbundel prof. mr. D. Juch, Over de grenzen van de vennootschapsbelasting.

de belastingheffing.¹³¹ Ook Marres wijst op enkele praktische bezwaren, in het bijzonder buiten concernverhoudingen.¹³² De door de crediteur verschuldigde belasting is dan namelijk veelal niet bekend. Uit eigen ervaring is mij bovendien gebleken dat een 'compenserende heffingstoets' – in ieder geval voor toepassing van art. 10a – ook binnen concernverhoudingen bewijsproblemen kan opleveren.

Overigens laten deze praktische problemen zich mogelijk nog wel oplossen. Een fundamenteel probleem ligt mijns inziens in het tax-creditsysteem. Kennelijk staat Van der Geld een full tax-creditsysteem voor ogen. Dit betekent dat Nederland een volledige aftrek geeft voor de in het buitenland geheven belasting. Daarmee is de Nederlandse heffingsgrondslag afhankelijk van het buitenlandse tarief (en de grondslag), wat evident voor aanzienlijke budgettaire risico's zorgt. Als Nederland al een dergelijk systeem zou overwegen, acht ik een systeem van een ordinary credit (ten hoogste aftrek tegen het Nederlandse tarief) veel meer voor de hand liggend.¹³³ Hoewel het de vraag is in hoeverre een creditsysteem in overeenstemming is met het EU-recht, lijkt dit systeem – naar de huidige stand van de EU-jurisprudentie – geen strijdigheid op te leveren. Door een ordinary credit worden debiteuren met een buitenlandse crediteur namelijk niet slechter of beter behandeld dan debiteuren met een binnenlandse crediteur.¹³⁴

Voornoemd creditsysteem lijkt op een dubbel verrekeningsstelsel.¹³⁵ In zo'n credit- of verrekeningsstelsel worden rente en dividend effectief slechts eenmaal belast.¹³⁶

131. Vergelijk ook Vleggeert, J.; Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/1482, die bezwaren opwerpt, zoals de onbekendheid van de debiteur met de belastingpositie van de crediteur, in het bijzonder in niet-gelieerde situaties. Overigens vallen er wel meer praktische bezwaren te bedenken. Hoe dient bijvoorbeeld te worden omgegaan met een situatie waarin de belastbaarheid van rente in het buitenland onderwerp is van een juridische procedure?

132. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door rente-aftrek, proefschrifteditie, blz. 281.

133. Dit houdt in dat de te verrekenen buitenlandse belasting wordt beperkt tot ten hoogste het belastingtarief van het land waar de aandeelhouder is gevestigd.

134. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld van HvJ EG 23 februari 2006, V-N 2006/14.22 (Hilten-van der Heijden): *'Door de nalatenschappen van onderdanen die hun woonplaats naar het buitenland hebben verlegd, op dezelfde wijze te belasten als die van onderdanen die in de betrokken lidstaat zijn blijven wonen, kan een dergelijke wetgeving immers eerstbedoelde onderdanen niet ervan doen afzien in die lidstaat investeringen te doen vanuit een andere staat, noch laatstbedoelde onderdanen, zulks te doen vanuit die betrokken lidstaat in een andere staat, terwijl zij evenmin, ongeacht de plaats waar de betrokken zaken zich bevinden, de waarde kan verminderen van de nalatenschap van een onderdaan die zijn woonplaats naar het buitenland heeft verlegd. Daartoe is irrelevant, dat die wetgeving niet geldt voor onderdanen die sinds meer dan tien jaar in het buitenland wonen of die welke nooit in de betrokken lidstaat hebben gewoond. Aangezien zij enkel geldt voor onderdanen van die betrokken lidstaat, kan zij het kapitaalverkeer van onderdanen van andere lidstaten niet beperken'.*

135. Vergelijk Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871.

136. Dit geldt voor een stelsel van volledige verrekening. In een stelsel van partiële verrekening kan de geheven vennootschapsbelasting slechts voor een deel worden verrekend met de inkomstenbelasting van de particuliere aandeelhouder.

Zowel dividend als rente is niet aftrekbaar voor belastingplichtige.¹³⁷ De vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als verrekenbare voorheffing voor de geheven inkomstenbelasting van de particuliere aandeelhouder.¹³⁸ In een dergelijk stelsel wordt op het niveau van de particuliere aandeelhouder/crediteur in de inkomstenbelasting een credit verleend voor de dividenden en de rente-inkomsten. Zo worden rente en dividend gelijk behandeld, op het niveau van zowel de particuliere aandeelhouder als de rente- of dividendbetalende vennootschap.¹³⁹ Een stelsel van dubbele verrekening kent verschillende nadelen. Een nadeel vanuit economisch perspectief is dat winstinhouding wordt gestimuleerd boven de uitdeling van winst, er van uitgaande dat het inkomstenbelastingtarief hoger is dan het vennootschapsbelastingtarief.¹⁴⁰ In het verlengde hiervan wordt ook financiering met eigen vermogen bevoordeeld boven financiering met vreemd vermogen. Bij financiering met eigen vermogen bestaat namelijk in beginsel de mogelijkheid om winst in te houden. Bij vreemd vermogen geldt doorgaans de verplichting om periodiek rente te betalen.¹⁴¹ Overigens is het de vraag in hoeverre deze verstoring zich in de praktijk daadwerkelijk zal voordoen, in het bijzonder op het niveau van beursfondsen. Deze zijn immers doorgaans min of meer 'verplicht' dividend uit te keren, om toegang te blijven houden tot de kapitaalmarkt.

Een ander belangrijk nadeel is de houdbaarheid van dit stelsel in grensoverschrijdende situaties, zie ook hiervoor. Hoe moet bij de particuliere aandeelhouder worden omgegaan met dividend ontvangen van een (in het buitenland gevestigde en daar) vrijgestelde vennootschap?¹⁴² Het land waar de dividendontvanger woont, dient – uitgaande van het bronlandbeginsel – in de inkomstenbelasting een fictieve vennootschapsbelastinglast in aanmerking te nemen bij het bepalen van de verschuldigde inkomstenbelasting. Anders zou de woonstaat van de aandeelhouder – door het niet-verlenen van een credit – de rente en dividenden economisch 'dubbel' belasten via een omweg. Bij een in het buitenland gevestigde belaste vennootschap

137. Een variant op dit stelsel is het in stand laten van de renteaftrek, maar de rentebetalingen onderwerpen aan een voorheffing. Deze kan worden verrekend met de inkomstenbelasting, Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871. Overigens zou een bronheffing op rente aanpassing vergen van de I&R-richtlijn. Voorts dienen veel verdragen te worden heronderhandeld op het punt van de bronheffing op rente.
138. Een dergelijk stelsel heeft als nadeel dat winstinhouding wordt gestimuleerd boven de uitdeling van winst, er van uitgaande dat het inkomstenbelasting tarief hoger is dan het vennootschapsbelastingtarief.
139. Ook binnen de vennootschapbelasting kan een gelijke behandeling worden nagestreefd op het niveau van de ontvangende partij. Naast een deelnemingsvrijstelling voor dividenden zou er dan een 'deelnemingsvrijstelling' moeten gelden voor ontvangen rentebaten. De I&R-richtlijn biedt op dit punt geen uitkomst, aangezien deze richtlijn kort samengevat slechts ziet op de bronheffing op rente.
140. Vergelijk Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871.
141. Dit kan worden 'opgelost' door de rentebetaling uit te stellen en bijvoorbeeld te koppelen aan de dividenduitkeringen.
142. Vergelijk voor vragen en kanttekeningen bij dit stelsel tevens Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871.

neemt de woonstaat van de aandeelhouder de in het buitenland geheven vennootschapsbelasting in aanmerking bij het bepalen van de hoogte van de verrekening (full credit). Daarmee hangt de hoogte van de verrekening af van de in het buitenland geheven belasting, vergelijk mijn opmerkingen hiervoor. Omdat de belastingopbrengst van een land hiermee mede afhankelijk wordt van de belastingopbrengst in het buitenland, hanteren landen met een verrekeningstelsel veelal een ordinary-creditmethode. Het is ook denkbaar uit te gaan van het woonlandbeginsel, waarbij het vestigingsland van de vennootschap een verrekening verleent aan de particuliere aandeelhouder.¹⁴³

Gelet op de problematiek in internationale situaties, zijn wetswijzigingen op nationaal niveau en heronderhandelingen van verdragen noodzakelijk om een stelsel van dubbele verrekening in te voeren in Nederland. In deze verdragsonderhandelingen zal de verlening van de verrekening centraal staan. Overigens is in een 'zuiver' verrekeningsstelsel sprake van kapitaalexportneutraliteit. Dit houdt in dat de woonstaat van de aandeelhouder (of crediteur in een dubbel verrekeningsstelsel) een verrekening verleent voor de in het buitenland geheven belasting. Dit brengt met zich dat de belastingdruk op het dividend (of de rente) gelijk is aan de belastingdruk van de woonstaat. De aandeelhouder/crediteur is vanuit fiscaal perspectief indifferent ten aanzien van de vestigingsplaats van de vennootschap waarin hij investeert. Er wordt namelijk belasting bijgeheven in geval van een lagere belastingdruk in de bronstaat dan in de woonstaat, en teruggegeven in geval van een hogere belasting in de bronstaat dan in de woonstaat.

Cnossen wijst het stelsel van dubbele verrekening om de volgende reden af.¹⁴⁴

'(...) bestaande belastingverdragen (zouden, JvS) op de helling (...) moeten om het tax credit ook aan obligatiehouders in andere lidstaten te verstrekken. Dit zou de toepassing van het stelsel compliceren en het operationele onafhankelijkheidsbeginsel geweld aandoen. Het grootste nadeel van een dubbel-verrekeningsstelsel – ja van welk stelsel dan ook dat de fiscale voordelen van schuldfinanciering vermindert – is dat de effectieve belasting van rente naar het Vpb.-tarief van de vermogensverschaffer of zijn (hogere) IB-tarief, de kapitaalkosten zou verhogen, hetgeen een nadelige invloed zou kunnen hebben op het investeringsniveau in de EU.'

Gelet op deze problemen verdient de invoering van een dubbel verrekeningstelsel niet mijn voorkeur.

Comprehensive business income tax (CBIT)

De CBIT kan mijns inziens ook worden beschouwd als variant waarin rente generiek niet meer aftrekbaar is, en is in wezen een vorm van een ondernemingswinstbelasting.¹⁴⁵ Alle opbrengsten worden op het niveau van de vennootschap belast en niet

143. Overigens verleent Nederland – ook in internationale verhoudingen – een beperkte (forfaitaire) verrekening in situaties van aanmerkelijk belang door middel van een laag a.b.-tarief van 25%.

144. Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871.

bij de genietters van de inkomsten. Onder een CBIT zijn rente en dividend niet aftrekbaar. Voor belastingplichtigen is de positieve keerzijde hiervan, dat rente en dividend binnen het CBIT-systeem op het niveau van de crediteur/aandeelhouder niet zijn belast.¹⁴⁶ In binnenlandse verhoudingen wordt in CBIT gelijke behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen bereikt. Een CBIT werkt evenwel alleen evenwichtig uit, indien de tarieven van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting niet of nauwelijks uiteenlopen.¹⁴⁷ In veel EU-landen ligt het toptarief van de inkomstenbelasting echter aanmerkelijk hoger dan het vennootschapsbelastingtarief. Behoudens voor zover verlaging van het IB-tarief mogelijk/wenselijk is¹⁴⁸, is de CBIT eventueel een realiseerbaar alternatief binnen de EU, mits dit systeem in alle landen op vergelijkbare wijze wordt ingevoerd. Invoering van een CBIT alleen in Nederland (en niet de rest van Europa) acht ik niet realistisch.

Voorts levert de invoering van de CBIT voornamelijk problemen op in internationale verhoudingen. De systematiek brengt namelijk een verschuiving van heffingsrechten met zich. Heffing over rentebaten is in OESO-verband (zie art. 11 OESO-Modelverdrag) (mede) toegewezen aan de woonstaat met veelal een beperkt (bron)heffingsrecht voor de bronstaat. In de CBIT-systematiek, waarin rentelasten niet aftrekbaar zijn, wordt het heffingsrecht in feite verlegd naar de bronstaat. De belastbare winst is immers hoger omdat de rentelasten niet in aanmerking worden genomen. Indien de woonstaat niet terugtreedt, treedt economisch dubbele heffing op; dezelfde winst/opbrengst is namelijk belastbaar bij zowel de vennootschap als de obligatiehouder. Met Vleggeert ben ik van mening dat nu de Verenigde Staten de invoering van een CBIT onwenselijk en onrealiseerbaar acht, de invoering van een dergelijk stelsel in Nederland naar verwachting evenmin realiseerbaar is. Hetzelfde geldt op EU-basis. Slechts in een (aanzienlijk) groter verband – wellicht in OESO-verband – kan de invoering van een CBIT worden overwogen.¹⁴⁹ In paragraaf 8.8.6 ga ik bij de behande-

145. Voor een nadere behandeling van de CBIT verwijs ik naar Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871 en de daarin aangehaalde literatuur. In dit verband wijs ik voor een meer algemene beschouwing naar Heithuis, E.J.W.; Zonder aanzien des (rechts)persoons, De Wet VPB 2007: De ondernemingswinstbelasting van de 21^{ste} eeuw, Kluwer, Deventer, 2005.

146. Economisch wordt overigens hetzelfde resultaat bereikt, indien het dividend en de rente op het niveau van de aandeelhouder respectievelijk crediteur worden belast tegen een inkomstenbelastingtarief, dat gelijk is aan het vennootschapsbelastingtarief en er voorts een volledige credit (full credit) wordt verleend op het niveau van de aandeelhouder/crediteur voor de betaalde vennootschapsbelasting. Zo'n credit dient overigens alleen aan de orde te komen, indien en voor zover dividend en rente afkomstig zijn uit met een CBIT belaste winst.

147. Cnossen merkt op: *'De CBIT zou adequaat kunnen functioneren in de Verenigde Staten (en Nieuw-Zeeland) waar het Vpb.-tarief niet veel verschilt (of gelijk is aan) het top IB-tarief (...). De situatie in de EU is echter totaal verschillend. (...) Indien het niet mogelijk is om de IB-tarieven te verlagen, dient naar andere vormen van Vpb.-hervorming te worden omgezien'*. Cnossen, S.; Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871.

148. Verlaging van de inkomstenbelastingtarieven lijkt mij zeker op korte termijn niet te verwachten.

149. Vleggeert, J.; Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/1482.

ling van het stelsel van aftrek van primair rendement nog nader in op een artikel van Bond, waarin CBIT en primair rendement tegen elkaar worden afgewogen.¹⁵⁰

8.5.4.3 Rente verbonden lichamen niet aftrekbaar

Een beperkter alternatief is om alleen rente verschuldigd aan niet-verbonden lichamen in aftrek toe te laten.¹⁵¹ Nadeel van deze subvariant is dat een uitruil zou kunnen ontstaan van interne en externe leningen.¹⁵² Hiervoor gelden mutatis mutandis dezelfde bezwaren zoals hiervoor opgemerkt. Marres merkt dienaangaande mijns inziens terecht op, dat bij een beperking van de defiscalisering van schulden tot leningen van gelieerde partijen het probleem blijft bestaan dat renteaftrek naar willekeur in Nederland kan worden 'neergelegd'.¹⁵³ Het is immers denkbaar dat voor een concern als geheel weliswaar de behoefte bestaat aan vreemd vermogen, maar het is niet gezegd dat deze lening zou moeten neerslaan op het niveau van Nederland. In een dergelijk stelsel is het dus mogelijk dat een Nederlandse vennootschap geld inleent van de bank, om dit geld vervolgens (bijvoorbeeld als dividend) uit te keren aan de vennootschap die de gelden nodig heeft.¹⁵⁴ Op deze manier kan in Nederland rente worden afgetrokken, terwijl er op dat niveau geen (reële) financieringsbehoefte bestaat. Overigens is dit onder toepassing van art. 10a niet anders.¹⁵⁵ Dit is namelijk expliciet door de wetgever goedgekeurd in de parlementaire geschiedenis.¹⁵⁶ Een mogelijke aanvulling op dit alternatief is het invoeren van thin-capitalisationwetgeving, waarin geen beperking wordt aangebracht tot leningen verkregen van verbonden lichamen.¹⁵⁷

Mede gelet op het risico van dubbele heffing acht ik een systeem van defiscalisering van rente niet wenselijk.

150. Bond, S.R.; Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base, in *Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform*, Edited by Cnossen, S.; Oxford University Press, 2000, blz. 161-178.

151. Vergelijk Bellingwout, J. & Van der Lande, M.; Een nieuw concept voor groepsrente, Discussieforum VPB 2007, www.minfin.nl.

152. Overigens kwalificeert deze uitruil mijns inziens niet als winstdrainage. Bovendien zal er een natuurlijke rem op zitten. Banken e.d. zijn slechts tot een bepaalde verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen bereid om een lening te verstrekken. Indien leningen slechts met behulp van garanties kunnen worden verkregen vormt deze lening namelijk in wezen een interne lening.

153. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door rente-aftrek, proefschrifteditie, blz. 285.

154. Eventueel kan het geld door de dividendontvanger ook verder worden uitgekeerd of worden gestort, vergelijk Marres, O.C.R.; Winstdrainage door rente-aftrek, proefschrifteditie, blz. 285.

155. Vergelijk hoofdstuk 6.

156. Nota navnv, TK, 1996-1997, 24 696, blz. 27. Vergelijk tevens het besluit 23 december 2005, BNB 2006/90, paragraaf 2.1.2.

157. Brandsma, R.P.C.W.M.; Antwoorden van prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma, TFO 2004/151. Een nadeel van dit systeem is dat er mogelijk economisch dubbele heffing optreedt, op het niveau van de crediteur (heffing over de rentebaten) en op het niveau van de debiteur (geen aftrek van de rentelasten). Op dit punt ga ik hierna nader in.

8.5.4.4 Aftrekverbod tenzij compenserende heffing

Een ander alternatief is een generiek aftrekverbod voor rente betaald aan verbonden lichamen, behoudens voor zover de rente is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.¹⁵⁸ Art. 10a kan dan worden geschrapt en desgewenst ook bepalingen zoals art. 10d en art. 15ad, hoewel deze een andere achtergrond hebben. Afhankelijk van de hoogte van de compenserende heffing leidt een dergelijk systeem ertoe, dat 10a-achtige structuren niet (of slechts beperkt) resulteren in een fiscaal voordeel. Verder wordt dubbele heffing gemitigeerd. Cruciaal zijn onder meer de hoogte van de vereiste compenserende heffing en het antwoord op de vraag of het opsouperen van compensabele verliezen ook kwalificeert als compenserende heffing. Voorts is het van belang dat de winstdrainagejurisprudentie wordt overruled door wetgeving.

Een nadeel van dit alternatief is dat niet duidelijk is, of een dergelijke regeling in overeenstemming is met het EU-recht.^{159, 160} Gelet op de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG is strijdigheid overigens niet op voorhand een gegeven. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld Schempp (HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342) en Marks & Spencer (HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72).

In BNB 2005/342 overwoog het HvJ EG als volgt: *'In deze omstandigheden dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat de artikelen 12, eerste alinea, EG en 18, lid 1, EG aldus moeten worden uitgelegd dat ze zich niet er tegen verzetten dat een in Duitsland wonende belastingplichtige volgens een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding van toepassing is, de alimentatie die hij heeft betaald aan zijn voormalige echtgenote die in een andere lidstaat woont waar deze uitkering niet belastbaar is, niet kan aftrekken, hoewel hij daartoe wel het recht zou hebben indien zijn voormalige echtgenote in Duitsland zou wonen'.*

Vergelijk voorts BNB 2006/72 alwaar het HvJ EG oordeelde: *'(...) Wat ten slotte de derde rechtvaardigingsgrond betreft, namelijk het gevaar van belastingontwijking, dient te worden aangenomen dat de mogelijkheid om het verlies van een niet-ingezeten dochtervennootschap over te dragen aan een ingezeten vennootschap, het gevaar inhoudt dat de verliesoverdracht binnen een vennootschapsgroep zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen in lidstaten waar het belastingtarief het hoogst is, en waar de fiscale waarde van*

158. Zie Bouwman, J.N.; Antwoorden van prof. dr. J.N. Bouwman, TFO 2004/146. Als additionele tegenbewijsregeling zou nog kunnen gelden, dat de rente ook aftrekbaar is indien gelieerde partij zelf bij derden heeft geleend om de lening aan belastingplichtige te kunnen verstrekken. Aan de andere kant zou dit aftrekverbod eventueel ook kunnen worden doorgetrokken naar leningen die direct zijn aangetrokken van derden. Een dergelijke uitbreiding kan overigens wel leiden tot bewijsproblemen, aangezien het zeer de vraag is, of de derde bereid is de debiteur inzage te geven in zijn fiscale positie.
159. Vergelijk in dit kader mijn opmerkingen in hoofdstuk 6 ten aanzien van de tegenbewijsregelingen van art. 10a, bijvoorbeeld ten aanzien van HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes).
160. Het is zelfs denkbaar dat een dergelijke bepaling niet alleen problemen oplevert in EU-verhoudingen. Via de vrijheid van kapitaalverkeer art. 56 – die ook geldt in relatie met derdelanden – raakt deze bepaling wellicht ook niet-EU-situaties. De reikwijdte van deze bepaling is thans nog niet duidelijk.

een verlies dus het grootst is. (...) Gelet op deze drie rechtvaardigingsgronden, samen beschouwd, dient te worden opgemerkt dat met een restrictieve regeling als die in het hoofdgeding, rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het Verdrag verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken'.

Vanwege de mogelijke strijdigheid met EU-recht, lijkt mij de invoering van een renteaftrekverbod tenzij er sprake is van compenserende heffing niet wenselijk. Zou komen vast te staan dat een dergelijke bepaling in overeenstemming is met EU-recht, dan verdient dit stelsel mijns inziens nadere bestudering. Een belangrijk punt van onderzoek zal dan de hoogte van de compenserende heffing zijn. Naar verwachting zal ten minste het laagste EU-tarief (moeten) kwalificeren als compenserende heffing. Daarmee blijven 10a-achtige structuren fiscaal aantrekkelijk voor zover het Nederlandse tarief hoger is dan het tarief in het land waar de rentebaten neerslaan, bijvoorbeeld het 12,5%-tarief van Ierland.¹⁶¹

8.5.4.5 Forfaitaire winstbepaling

Voor toepassing van de vennootschapsbelasting (in Nederland) wordt dividend niet en rente (in beginsel) wel aangemerkt als aftrekbare kosten. De problematiek die voortvloeit uit dit onderscheid kan worden opgelost door bij de berekening van de winst niet meer uit te gaan van de werkelijke opbrengsten en kosten, maar door de winst te berekenen op forfaitaire wijze.¹⁶² Als forfaitaire grondslag kunnen vele grootheden dienen, zoals loonkosten of omzet.¹⁶³ Vanzelfsprekend laten ook andere grondslagen zich denken en mijns inziens is ook een combinatie van verschillende grondslagen mogelijk.

Het voordeel van een forfaitaire wijze van winstbepaling is dat dit in beginsel relatief eenvoudig is, uitgaande van een eenvoudig te bepalen grondslag. Een belangrijk nadeel van deze variant is dat wordt afgestapt van de heffing over feitelijke behaalde winst, waardoor ook in een bedrijfseconomische verliessituatie belasting zal zijn verschuldigd.¹⁶⁴ Een forfait werkt in de regel voorts tamelijk ruw uit, behoudens wanneer de gekozen grondslag in combinatie met het gekozen winstpercentage nauw aansluit bij de feitelijke winstbepaling. Ook dan blijven afwijkingen overigens mogelijk, mede door (onvoorspelbare) factoren die niet zijn geïncorporeerd in de grondslag, het winstpercentage en/of het tarief. Een zelfde forfaitaire wijze van winstbepaling die geldt voor alle belastingplichtigen werkt in de regel daarom niet rechtvaardig uit. Indien bijvoorbeeld de totale loonsom als grondslag heeft te gelden,

161. Overigens is dit iets wat wel zal moeten worden aanvaard, als een door het HvJ EG erkend verschil in fiscale systemen tussen de lidstaten. Bovendien is dit inherent aan de vormgeving van de verdragsvrijheden.

162. Vergelijk in dit kader bijvoorbeeld art. 3.22, 3.23 en 3.24 Wet IB 2001 (tonnageregeling), die via art. 8 ook geldt voor de vennootschapsbelasting.

163. Marres, O.C.R.; Winstdrainage door rente-aftrek, proefschrifteditie, blz. 276-277.

164. Ter illustratie wijs ik op de situatie waarin een box 3-belegger. Indien hij koersverlies maakt op zijn beleggingen, kan aan het einde van het jaar toch belasting zijn verschuldigd.

worden vennootschappen die opereren in een relatief kapitaalintensieve branche bevoordeeld boven vennootschappen die opereren in een relatief arbeidsintensieve branche.¹⁶⁵ Het omgekeerde geldt evident indien de hoeveelheid (vaste) activa geldt als grondslag. Om deze problematiek te mitigeren is het denkbaar om per branche te kiezen voor een bepaalde grondslag. Dit roept overigens weer direct afbakeningsvraagstukken op, denk aan een vennootschap met een gediversifieerd activiteitenpakket. Verder moet bij een forfaitaire winstbepaling de grondslag helder worden gedefinieerd. Indien (mede) de loonsom heeft te gelden als grondslag, is het bijvoorbeeld de vraag hoe moet worden omgegaan met het inhuren van arbeidskrachten.¹⁶⁶

Gelet op de ruwheid van een forfaitaire winstbepaling en de problemen die zich dienaangaande kunnen voordoen, acht ik de invoering van een dergelijk systeem voor de winstbepaling niet gewenst.

8.5.5 *Eigen vermogen behandelen als vreemd vermogen*

8.5.5.1 *Algemeen*

Indien eigen vermogen fiscaal wordt behandeld als vreemd vermogen, wordt de financiering met vreemd vermogen op het niveau van de schuldenaar niet langer bevoordeeld boven financiering met eigen vermogen. Voor beide vermogensvormen geldt dan dat de voor de financiering betaalde rente respectievelijk dividend aftrekbaar is. Indien dividend echter volledig aftrekbaar is, dan is de vennootschapsbelasting gereduceerd tot een voorheffing over niet-uitgedeelde winsten. Dit heeft aanzienlijke budgettaire gevolgen. Er bestaan ook 'mildere' varianten voor de gelijkstelling van eigen vermogen. (Partiële) gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen kan worden bereikt door een deel van de vergoeding op eigen vermogen ten laste van de winst te laten komen. Hiertoe bestaan diverse stelsels, bijvoorbeeld:

- aftrek primair dividend;
- fictieve rente over eigen en vreemd vermogen (al dan niet beperkt tot groepsrelaties);
- aftrek primair rendement.

Een milder stelsel heeft het voordeel dat eigen vermogen en vreemd vermogen voor een (belangrijk) deel op gelijke wijze worden behandeld, terwijl de belastingderving geringer is.¹⁶⁷

165. Overigens wordt de vennootschapsbelasting dan feitelijk een extra loonsomheffing op arbeid, die in eerste aanleg neerslaat op het niveau van de vennootschap.

166. Ik acht het logisch en wenselijk om ook ingehuurde arbeidskrachten bij de verdeling in de beschouwing te betrekken. Dit kan door betalingen voor ingehuurde arbeidskrachten aan te merken als een payrollbetaling. Vergelijk in dit verband punt 42 van de bijlage bij Tackling the corporation tax obstacles of small and medium-sized enterprises in the Internal Market – outline of a possible Home State Taxation pilot scheme, Brussel, 2005, COM(2005)702 final, www.europa.eu.int. Daar wordt overigens voorgesteld om voor 50% aan te sluiten bij de loonkosten en voor 50% bij de omzet.

167. Vergelijk in dit verband ook Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 268.

8.5.5.2 Werkelijke winstuitdeling aftrekbaar en primair dividend

Indien dividenden volledig aftrekbaar zijn, worden rente en dividend gelijk behandeld op het niveau van de vennootschap. Er bestaat dan wel een discrepantie tussen uitgedeelde en ingehouden winsten. Vanuit de vennootschap bezien is het fiscaal aantrekkelijker om dividenden uit te keren, dan om winsten te reserveren. Dividenden leiden namelijk tot aftrek. Op het niveau van de ontvanger kan dat anders zijn. Voor box 3 is het niet relevant of winsten al dan niet worden uitgedeeld. Hetzelfde geldt voor de aandeelhouder/vennootschap die recht heeft op toepassing van de deelnemingsvrijstelling, een vrijgestelde partij, dan wel een aandeelhouder die is gevestigd in een tax haven (waar geen belasting wordt geheven). Voor andere aandeelhouders kan het echter aantrekkelijker zijn dat de vennootschap overgaat tot reservering.

Gegeven de te verwachten budgettaire derving is het niet realistisch om over te gaan tot een volledige aftrek van de vergoeding op eigen vermogen.¹⁶⁸ In deze paragraaf onderzoek ik wel enkele varianten waarin een deel van de vergoeding op eigen vermogen aftrekbaar is.

*Aftrek primair dividend*¹⁶⁹

In een stelsel van aftrek van primair dividend komen de uitgedeelde winsten partieel in aftrek op de winst. Het deel dat ziet op de 'normale' vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen kan ten laste van de winst worden gebracht. In zoverre wordt de aandeelhouder gelijkgesteld met een reguliere crediteur. Dit is het 'primaire' dividend. De resterende winst – de overwinst – is niet aftrekbaar.¹⁷⁰ Het is niet eenvoudig om het dividend te splitsen in een normale vergoeding en een overwinstvergoeding (zie hiervoor nader paragraaf 8.5.3). Een eenvoudige oplossing is

168. De budgettaire derving bedraagt naar verwachting nagenoeg de gehele vennootschapsbelastingopbrengst. Zoals blijkt uit de miljoenennota 2006 bedraagt de opbrengst van de vennootschapsbelasting circa € 15,5 mrd. Dit is circa 11,3% van de totale belastingopbrengst, zie www.minfin.nl. In dit verlies aan belastingopbrengst moeten nog wel de mogelijke rente-effecten worden verdisconteerd die optreden door het naar voren halen van de heffing van inkomstenbelasting als gevolg van het eerder uitkeren van winsten. De omvang van deze rente-effecten laten zich niet eenvoudig inschatten. Ik verwacht echter dat dit voordeel voor de schatkist relatief beperkt is, ten opzichte van het nadeel van het verlies van de vennootschapsbelastingopbrengst.

169. Vergelijk Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 270-276. Een stelsel van aftrek van primair dividend heeft niet de voorkeur van Van der Geld, J.A.G.; *Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de Nederlandse vennootschapsbelasting*, Afscheidsbundel prof. mr. D. Juch, Over de grenzen van de vennootschapsbelasting. De reden hiervoor is dat een dergelijke benadering strijdig is met het bronlandbeginsel. In gelijke zin Marres, O.C.R.; *Winstdrainage door rente-aftrek*, proefschrifteditie, blz. 279.

170. Overigens ligt de achtergrond van het stelsel van aftrek van primair dividend niet zozeer in de bedrijfseconomie (gelijkstelling productiefactoren eigen vermogen en vreemd vermogen) maar in het mitigeren van de dubbele heffing die voortkomt uit het klassieke stelsel. Daarom wordt de aftrek ook gekoppeld aan de dividenduitdeling.

om wettelijk een bepaald percentage voor te schrijven. Hierbij kan bijvoorbeeld worden aangesloten bij bepaalde (langlopende) obligatieleningen. De omvang van het primaire dividend wordt dan berekend als het wettelijke percentage met als grondslag het nominaal gestorte kapitaal; de 'rente' over het nominaal gestort kapitaal is dus aftrekbaar. Deze aftrek vindt evenwel alleen plaats indien (en voor zover) er formeel dividend wordt uitgekeerd. Hierdoor wordt winstuitdeling – vanuit de vennootschap bezien – gestimuleerd boven de inhouding van winst.¹⁷¹ Dit geldt tot de omvang van het primaire dividend.¹⁷² Voor de resterende winst staat de vennootschap – behoudens dividendbelasting – vanuit fiscaal oogpunt in beginsel neutraal tegenover reserveren versus uitkeren. Indien de vennootschap de uitgedeelde winsten weer nodig heeft in de onderneming, kunnen de gelden wederom worden gestort in de vennootschap. Met ingang van 1 januari 2006 is geen kapitaalsbelasting verschuldigd.¹⁷³

8.5.5.3 Fictieve rente over eigen en vreemd vermogen en primair rendement

Fictieve rente over eigen en vreemd vermogen

Heithuis stelt een stelsel voor, waarbij de gelijkschakeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen wordt beperkt tot groepsrelaties.¹⁷⁴ Hierbij wordt geen (fictieve) aftrek verleend op eigen vermogen voor zover dit afkomstig is van niet-groepsvennootschappen; denk aan particuliere beursaandeelhouders.¹⁷⁵ Voorts wil Heithuis renteaftrek op vreemd vermogen aangetrokken van groepsvennootschappen beperken tot een niveau dat gelijk is aan het (zoals ik het noem) primaire rendementspercentage. Hij verdedigt de door hem voorgestelde beperking tot fiscale gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen door te stellen dat binnen een

171. Anders geformuleerd; de dividendquote wordt beïnvloed, Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 270.

172. Opgemerkt zij dat – evenals bij een stelsel van volledige aftrek van dividend – aandeelhouders veelal juist vanuit hun eigen fiscale perspectief een voordeel hebben bij het uitstellen van dividend.

173. Michielse noemt het uitkeren van (primaire) dividend gevolgd door het terugstorten de 'Schütt-aus-hol-zurück'-methode; Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 270.

174. Heithuis, E.J.W.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026.

175. De vraag rijst waar de grens tussen wel en niet-gelieerd moet worden gelegd. In de huidige wet op de vennootschapsbelasting zijn verschillende bepalingen opgenomen met daarin verschillende criteria, zoals art. 8c, art. 10a, lid 4 en art. 10d, lid 2. Welk criterium in het stelsel van Heithuis moet worden genomen is mijns inziens een politieke keuze waarover ik mij hier niet uitlaat. Heithuis pleit overigens voor een 5%-criterium. Ongeacht het criterium dat wordt gekozen, leidt deze benadering tot afbakeningsproblemen. In dit verband wijs ik op het doel en de strekking van de bewoordingen 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' opgenomen in art. 10a. Indien een onderscheid wordt gemaakt tussen financieringsstructuren met en zonder gelieerde partij, bestaat de stimulans om de fiscaal meest gunstige structuur te presenteren, ook al is in wezen de minder aantrekkelijke structuur beoogd. Een dergelijk systeem dient mijns inziens daarom te worden voorzien van flankerende maatregelen, die voornoemd gedrag tegengaan.

groep normaliter de keuze bestaat om een vennootschap te financieren met eigen vermogen, dan wel met vreemd vermogen. Hoewel dit laatste – veelal binnen grenzen – juist is, leidt deze benadering niet tot een integrale oplossing, naast de hiervoor geschetste afbakeningsproblematiek.

Voorts werkt deze benadering mijns inziens naar verwachting economisch verstorend uit. Zo zal er vanuit de vennootschap gezien nog steeds een fiscale stimulans bestaan voor de (externe) financiering met vreemd vermogen boven eigen vermogen. Dit bevoordeelt in de regel gevestigde ondernemingen boven nieuwe ondernemingen. De uitdelingsbeslissing wordt – uitgaande van box 3 en de afwezigheid van kapitaalsbelasting – niet verstoord in dit stelsel.

In het stelsel van Heithuis dient er naast gelijkstelling aan de aftrekkant eveneens gelijkstelling plaats te hebben aan de opbrengstkant.¹⁷⁶ Dit betekent zowel rente als dividend vrijstellen óf zowel rente als dividend belasten. Overigens komt Heithuis uit praktische overwegingen tot de conclusie dat rente en dividend op het niveau van de ontvanger verschillend moeten worden behandeld. Een heffing op rente en dividend leidt namelijk tot kapitaalvlucht en is mogelijk strijdig met het EU-recht, in het bijzonder met de M-D-richtlijn. Een volledige vrijstelling van rentebaten en dividenden leidt tot een aanzienlijke derving van belastingopbrengsten, zie hiervoor. Bovendien manoeuvreert Nederland zich in een lastige positie aangezien een dergelijke benadering 'des tax havens is', wat Nederland niet in dank zal worden afgenomen door het buitenland.

Naast de benadering van Heithuis dat rente en dividend allebei moeten worden vrijgesteld, dan wel belast, kan ook worden gekozen voor een andere benadering namelijk het corrigeren van het vermogen van de moeder voor (kort samengevat) het vermogen van de deelneming. Uitgaande van een percentage primair rendement (zie hierna) dat gelijk is aan het rentepercentage, bestaat er dan op de meeste niveaus geen fiscale stimulans om te financieren met vreemd vermogen. Bij de financiering van een vennootschap bestaat er indifferentie tussen (volledige) financiering met vreemd vermogen en volledige financiering met eigen vermogen, in ieder geval in concernverhoudingen.¹⁷⁷ Rente wordt namelijk eenmaal belast en eenmaal afgetrokken; aftrek bij de debiteur en heffing bij de crediteur. Bij primair rendement gebeurt dit ook, zij het minder zichtbaar. Allereerst is het primaire rendement aftrekbaar op het niveau van de dochtermaatschappij/debiteur. Voorts leidt de aanwezigheid van eigen vermogen op het niveau van de dochter tot een lagere basis voor aftrek van primair rendement op het niveau van de moeder. Daarmee ontstaat er mijns inziens evenwicht. Het belasten van dividend (door het niet toepassen van de deel-

176. 'Bereikt men een gelijkstelling tussen eigen en vreemd vermogen aan de aftrekkant, dan ligt het voor de hand eenzelfde gelijkstelling ook aan de opbrengstkant te bereiken', Heithuis, E.J.W.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026.

177. In bepaalde situaties, zoals van aanmerkelijk belang in combinatie met een tbs-vordering, kan dit anders zijn. Dit houdt evenwel verband met het verschil in behandeling van rente en dividend op het niveau van de a.b.-houder/tbs-er.

nemingsvrijstelling) leidt mijns inziens tot dubbele heffing, wat onterecht zou zijn. Het vrijstellen van rente zou leiden tot een heffingsvacuüm.

Aftrek primair rendement

Een stelsel van primair rendement werkt deels hetzelfde als een stelsel van aftrek van primair dividend.¹⁷⁸ De achtergrond van deze stelsels is echter verschillend. De aftrek van primair dividend is in het bijzonder gericht op het tegengaan van dubbele heffing op uitgedeelde winsten. Op deze wijze worden de gevolgen van het klassieke stelsel gemitigeerd. Het doel van de aftrek van primair rendement is daarentegen de gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.¹⁷⁹ Bij de aftrek van primair rendement is derhalve een normale vergoeding van het in de onderneming werkzame vermogen aftrekbaar. Hierbij is het niet van belang of winsten worden uitgekeerd, dan wel worden gereserveerd.

8.5.5.4 Keuze

De stelsels aftrek primair dividend en aftrek primair rendement kennen een fundamenteel andere achtergrond. Dit wordt onder meer geïllustreerd door een verschil in het moment van het genieten van de aftrek. Primair dividend beoogt dubbele heffing te voorkomen of te mitigeren. Daarom wordt pas op het moment van de dividenduitdeling een aftrek verleend op het niveau van de uitdelende vennootschap. Ten opzichte van een zuiver klassiek stelsel werkt een dergelijk systeem effectief uit, in de zin dat dubbele heffing over het primaire dividend wordt voorkomen. In het huidige inkomstenbelastingstelsel geldt dit zonder meer voor box 1 en box 2, hoewel bij box 2 – gelet op het tarief van 25% – in wezen al is voorzien in een opheffing van een dubbele heffing. Ook bij box 3 leidt de winstuitdeling an sich niet tot dubbele heffing. Door het forfaitaire karakter is immers ook zonder winstuitdeling sprake van belastingheffing.

De achtergrond van een stelsel van aftrek van primair rendement is het in aftrek laten van een normale vergoeding van het in de onderneming werkzame vermogen. Dit houdt in dat slechts de daadwerkelijke overwinst wordt belast met vennootschapsbelasting. Dit leidt ertoe dat zo'n stelsel op het niveau van de vennootschap economisch efficiënt uitwerkt voor de keuze tussen financiering met eigen vermogen of met vreemd vermogen.¹⁸⁰ Gelet op de achtergrond wordt jaarlijks en onaf-

178. Litjens wijst nog op het verschil tussen de grondslag van primair dividend en primair rendement, Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109. Primair dividend kent als grondslag het nominaal gestorte vermogen, terwijl primair rendement uitgaat van het in de vennootschap werkzame vermogen. Op zichzelf een terecht punt, maar mijns inziens onvoldoende om een stelsel van primair dividend af te wijzen. Een andere (wettelijk bepaalde) grondslag laat zich namelijk evenzeer denken.

179. Vergelijk Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

180. De problematiek van interne financiering met eigen vermogen versus externe financiering met eigen vermogen is hiermee overigens niet ten principale opgelost. Dit probleem ligt namelijk in de sfeer van de aandeelhouders/crediteuren, zoals ik in paragraaf 8.7 zal aantonen.

hankelijk van de uitdeling van winst, een bepaalde aftrek in aanmerking genomen. Ook in een jaar dat geen winst wordt uitgekeerd, brengt het aanhouden van eigen vermogen immers economisch financieringskosten met zich.¹⁸¹

Gelet op het voorstaande gaat bij de vergelijking tussen primair dividend en primair rendement, mijn voorkeur uit naar een stelsel van aftrek van primair rendement. Voorts vallen ten aanzien van de primaire en secundaire fiscale toets op het eerste gezicht niet direct discrepanties waar te nemen. Gelet op dit feit en op de positieve uitkomst op economisch gebied, onderwerp ik dit stelsel in de volgende paragraaf aan een nader onderzoek. Hierbij zoek ik ook naar eventuele discrepanties die moeten worden blootgelegd bij de primaire en secundaire fiscale toets.

8.6 Stelsel van aftrek van primair rendement

8.6.1 Inleiding

In deze paragraaf ga ik nader in de op uitwerking van het stelsel van aftrek van primair rendement. Eerst volgt een theoretische onderbouwing van dit stelsel, waarna ik enkele belangrijke begrippen duid. Na deze definiëring ga ik over tot de economische toetsing. Hiervoor heb ik een cijfermodel opgesteld, waarin ik verschillende scenario's doorreken.¹⁸² Na deze economische toetsing ga ik over tot de fiscale toetsing waarbij ik ook de indeling van primaire toetsing en secundaire toetsing onderscheid. Bij de fiscaalrechtelijke toetsing onderzoek ik ook of de structuren die thans worden bestreden door antimisbruikwetgeving weer herleven in een stelsel van aftrek van primair rendement. Na het uitvoeren van deze toetsen, besteed ik aandacht aan de eventuele nadelen van een stelsel van aftrek van primair rendement.

8.6.2 Fiscaal theoretische onderbouwing

Tot op heden bestaat er in de literatuur nog steeds geen eenstemmigheid over de dragende gedachte achter de vennootschapsbelasting.¹⁸³ In dit onderzoek probeer ik nog pretender ik daarom uitsluitend te geven over de rechtsgrond van de vennootschapsbelasting. Litjens concludeert op grond van het buitenkansbeginsel en het supplementaire draagkrachtbeginsel, dat de vennootschapsbelasting slechts dan fundamenteel kan worden onderbouwd, indien deze wordt gezien als een overwinstbelasting. De problematiek van het draagkrachtbeginsel ligt mijns inziens in

181. In gelijke zin Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

182. In dit verband wijs ik ook op de cijfermatige toetsing zoals uitgevoerd door Michielse, Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 270-288.

183. Vergelijk Cnossen, S.; in Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 11-25 en de daarin aangehaalde literatuur. Op blz. 22 concludeert Cnossen dat de rechtsgrond nog steeds een omstreden zaak is. Vergelijk ook Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109 en de daarin aangehaalde literatuur.

het wat hybride karakter van vennootschappen. Aan het ene uiteinde van het spectrum plaats ik de beursvennootschap. Hierbij heeft de individuele aandeelhouder materieel niet of nauwelijks enige zeggenschap. De vennootschap en de aandeelhouder staan voor een belangrijk deel los van elkaar. Aan het andere uiteinde van het spectrum plaats ik de bv van de dga. Deze bv vormt juridisch een separate entiteit, maar kan praktisch worden gezien als een verlengstuk van de aandeelhouder. In de inkomstenbelasting is deze bijzondere positie vormgegeven in een separate box voor aanmerkelijkbelanghouders, waarin bij de tariefstelling rekening is gehouden met de reeds geheven vennootschapsbelasting. Op deze wijze zou er globaal evenwicht bestaan tussen de dga en de IB-ondernemer.

De leer van het globale evenwicht wordt in de literatuur zwaar bekritiseerd, vergelijk paragraaf 2.2.2.¹⁸⁴ De Langen en Litjens zien – bij een antropomorfe benadering – in het draagkrachtbeginsel een rechtvaardiging voor belastingheffing op vennootschapsbelasting.^{185, 186} Naast het draagkrachtbeginsel kan de vennootschapsbelasting volgens De Langen en Litjens worden verdedigd aan de hand van het buitensbingsbeginsel (beginsel van de bevoorrechte verkrijging).

De Langen merkt dienaangaande op: *'Het beginsel van de bevoorrechte verkrijging kan een, m.i., aanvaardbare rechtsgrond verschaffen, maar onder de mits dat de winst slechts wordt belast na aftrek van een normale interest en risicopremie voor de aandeelhouders'.*

In een stelsel van aftrek van primair rendement wordt vennootschapsbelasting geheven over de winst die resteert na aftrek van het primair rendement. Daarmee kan

184. Rensema merkt dienaangaande op: *'De conclusie kan in ieder geval zijn dat het globale evenwicht niet bestaat, niet voor individuele ondernemingen en ook niet over de hele lijn. Er is slechts een evenwichtspunt bij een bepaalde grootte van de winst. Dat evenwichtspunt kan slechts globaal berekend worden, maar dat is toch iets heel anders dan een globaal evenwicht'*, Rensema, J.; Fiscale winst en draagkracht van zelfstandigen, Kluwer, Deventer 1976, blz. 14-15. In gelijke zin Van Dijck: *'Het globale evenwicht bestaat niet. Het hele systeem gaat ervan uit dat men de BV vorm kiest indien de winst een zekere grens overschrijdt'*, Van Dijck, J.E.A.M.; Deregulering in het belastingrecht, WFR 1983/854 en Litjens: *'Al met al kan gesteld worden dat het globale evenwicht faalt in het onderbouwen van de vennootschapsbelasting'* Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

185. De Langen, W.J.; De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht, N. Samson NV, Alphen aan den Rijn, 1958, blz. 693-694. Heffing dient volgens De Langen slechts aan de orde te komen voor zover de winst niet wordt uitgekeerd en dus bij de aandeelhouders niet in de inkomstenbelasting wordt getrokken (omdat waardestijgingen onbelast zijn). In dit verband is het de vraag hoe moet worden aangekeken tegen het huidige stelsel. In box 3 wordt immers de waardestijging van de aandelen (op forfaitaire wijze) belast.

186. Het is verdedigbaar te stellen dat box 3 geen koerswinsten belast, maar moet worden gezien als een belastingheffing over de (forfaitaire) vruchten van een bron. Het draagkrachtbeginsel zou dan kunnen worden gehandhaafd als rechtvaardigingsgrond voor de vennootschapsbelasting.

een dergelijk stelsel worden verdedigd aan de hand van de rechtvaardigingsgrond van de bevoorrechte verkrijging, zij het via een brede uitleg van dit beginsel.¹⁸⁷

8.6.3 Invulling diverse begrippen

In een stelsel van aftrek van primair rendement is de 'normale vergoeding' over het 'in de onderneming werkzame vermogen' aftrekbaar. Om de hoogte van deze aftrekpost te bepalen, is het van belang om de invulling te kennen van de begrippen 'normale vergoeding' en 'het in de onderneming werkzame vermogen'.

Het in de onderneming werkzame vermogen

Bij het invullen van het begrip 'het in de onderneming werkzame vermogen' zijn verschillende benaderingen denkbaar.¹⁸⁸ Voor de berekening van de aftrek van primair dividend geldt het nominaal gestorte kapitaal als grondslag. Een belangrijk voordeel van deze basis is dat deze eenvoudig te bepalen is en niet afhangt van gekozen waarderingsstelsel. Economisch bezien acht ik een dergelijke beperkte grondslag echter niet wenselijk en niet in overeenstemming met het doel van een stelsel van primair rendement, waarmee namelijk wordt beoogd de financieringskosten van eigen vermogen – evenals onder meer de rentekosten en loonkosten – in aftrek op de winst toe te laten. Op deze wijze wordt slechts de daadwerkelijke overwinst belast. Gelet op deze achtergrond, acht ik het onvoldoende slechts de financieringskosten van het nominaal gestorte kapitaal ten laste van de winst te laten komen. Als theoretisch meest zuivere basis zie ik daarom het eigen vermogen, berekend volgens de beginselen van de bedrijfseconomie.¹⁸⁹ Er dient daarom ook een aftrek te worden verleend voor andere posten die eigen vermogen vormen, maar geen aandelenkapitaal betreffen. Hierbij valt te denken aan gereserveerde winsten. Gereserveerde winsten brengen immers ook 'impliciete' financieringskosten met zich.

De impliciete economische financieringskosten zijn nog breder. Daarom is het mijns inziens theoretisch juist om een aftrek te verlenen op basis van de werkelijke waarde van de activa. Ook stille reserves kennen namelijk een impliciete financieringsbehoefte. Een pand met een stille reserve kan immers worden verkocht aan een derde – wat resulteert in een (uitkeerbare) winst – om vervolgens te worden teruggekocht met een lening of met eigen vermogen.¹⁹⁰ Ook kan ervoor worden gekozen om de verkoopopbrengst (minus verschuldigde belasting) uit te keren, om vervolgens het pand terug te gaan huren. Deze huurlasten zijn in beginsel aftrekbaar. Het voorgaan-

187. Vording merkt zelfs op dat de gedachte van een vermogensaftrek theoretisch uitstekend is te funderen, Vording, H.; Een bestendig fiscaal vestigingsklimaat: naar een lager VPB-tarief, WFR 2005/621.

188. Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 288-289.

189. Hierbij zij direct opgemerkt dat er niet zoiets bestaat als 'de bedrijfseconomische balans'. Ook binnen de bedrijfseconomie bestaan er verschillende stromingen. Denk hierbij aan de verschillende waarderingsystemen.

190. Evident dient hierbij wel rekening te worden gehouden met belastingheffing, die mogelijk door middel van de vorming van een herinvesteringsreserve kan worden uitgesteld.

de illustreert dat ook stille reserves een 'opportunity cost of capital' hebben, waarvoor in beginsel een aftrek zou moeten worden verleend.

Een benadering waarin wordt uitgegaan van werkelijke waarden kent evenwel belangrijke bezwaren. Ten eerste moet een belastingplichtige over een bepaald jaar drie balans opstellen; een reguliere commerciële balans volgens Boek 2 BW/IFRS, een fiscale balans en een 'bedrijfseconomische' balans ten behoeve van de berekening van de hoogte van de aftrek van primair rendement. De fiscale balans noch de balans volgens IFRS representeert namelijk een bedrijfseconomische balans. Bovendien dient belastingplichtige jaarlijks alle activa te waarderen naar de waarde in het economisch verkeer. Dit kan leiden tot additionele uitvoeringslasten voor de belastingplichtige en voor de fiscus en tevens een potentiële bron vormen voor geschillen tussen belastingplichtigen en de fiscus. Voorts brengt een stelsel van aftrek van primair rendement op basis van actuele waarde naar verwachting een budgettair probleem met zich. Naar mijn stellige verwachting 'kost' dit regime (bij een gelijk percentage primair rendement) namelijk aanmerkelijk meer dan de door de staatssecretaris becijferde € 3,7 mrd.¹⁹¹ Daarmee acht ik invoering van een systeem van aftrek van primair rendement op basis van werkelijke waarden niet realistisch.¹⁹²

Als alternatief is het denkbaar om aansluiting te zoeken bij de commerciële jaarrekening. Een belangrijk nadeel hiervan is, dat de omvang van de fiscale aftrek afhankelijk is van het gekozen commerciële waarderingsstelsel. Indien het inzicht daarmee is gediend, zou commercieel kunnen worden overgestapt op een ander stelsel, bijvoorbeeld van historische prijzen naar actuele waarde.¹⁹³ Dit zou dan kunnen leiden tot een hogere aftrek van primair rendement, terwijl er fiscaal geen wijzigingen hebben plaatsgevonden.¹⁹⁴ Mede vanuit dit oogpunt acht ik het niet wenselijk om aansluiting te zoeken bij de commerciële jaarrekening.¹⁹⁵

191. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 27.

192. Overigens betekent het niet-uitgaan van de werkelijke waarden wel, dat niet wordt gekozen voor een economisch ideaal systeem. Bij de uiteindelijke beoordeling van een dergelijk systeem is het van belang deze economische imperfectie mee te nemen.

193. RJ 120.402 luidt als volgt: *'Voor een verantwoord oordeel omtrent het vermogen en het resultaat kan informatie op basis van actuele waarde van betekenis zijn. De normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, laten thans voor het verschaffen van informatie op basis van actuele waarde de keuze tussen:*

- balans en winst- en verliesrekening op basis van actuele waarde;*
- balans en winst- en verliesrekening op basis van historische prijzen met in de toelichting aanvullende informatie op basis van actuele waarde'.*

194. Overigens is het ook mogelijk om wel uit te gaan van de commerciële jaarrekening en hier vervolgens een aantal fiscale aanpassingen op te maken (bijvoorbeeld het voorschrijven van de waarderingsmethode historische kostprijs). Ook dit brengt evenwel additionele uitvoeringskosten met zich.

195. Vergelijk Michielsse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 288, die om deze reden niet uitgaat van de commerciële balans bij het bepalen van het in de onderneming werkzame vermogen.

Gelet op voornoemde bezwaren, acht ik het raadzaam om het fiscale vermogen als uitgangspunt te nemen.¹⁹⁶ Dit vermogen is bekend, gezien de vermogensbepaling die is benodigd om de jaarwinst te bepalen. Ik ga uit van het op de passivazijde aanwezige eigen vermogen. Dit betekent dat ik – hoewel dit economisch onzuiver is – stille reserves buiten beschouwing laat. Op dit fiscale eigen vermogen dienen nog wel enkele correcties te worden gemaakt. Als criterium voor het in aanmerking nemen van een reserve neem ik het antwoord op de vraag of de desbetreffende reserve bedrijfseconomisch financieringskosten met zich brengt. Bij een kostenegalisatiereserve (KER) is dit mijns inziens niet het geval. Tegenover de verplichting bestaat thans nog geen financieringsplicht. Voor een herinvesteringsreserve (HIR) is dit anders. Deze reserve legt namelijk wel beslag op vermogen. De op het activum behaalde winst staat immers in beginsel open voor uitdeling aan de aandeelhouders. Zolang de gelden in de onderneming aanwezig blijven, dienen deze gelden wel te worden 'gefinancierd'. Een uitzondering dient mijns inziens te worden gemaakt voor de fiscale claim die rust op de HIR, die immers niet kan worden aangemerkt als eigen vermogen, maar evident vreemd vermogen is. Bij de berekening van de hoogte van de aftrek van het primaire rendement dienen fiscale claims – zoals op de HIR – daarom te worden gezuiverd uit het vermogen.¹⁹⁷ De vraag rijst wat moet worden gedaan met de opwaarderingsreserve (OWR) ex art. 13ba. Deze reserve, die in wezen een fiscale claim representeert, is extracomptabel.¹⁹⁸ Dit brengt mijns inziens met zich dat deze reserve niet in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van het in de onderneming werkzame vermogen. Dit betekent concreet dat op de post eigen vermogen een positieve noch een negatieve correctie dient te worden gemaakt voor de OWR.

Vanuit systematisch oogpunt is het bij de grondslagbepaling voor de berekening van het primaire rendement van belang een correctie te maken voor deelnemingen om dubbeltekening te voorkomen. Indien namelijk een aftrek voor eigen vermogen wordt verleend op het niveau van de dochter, dient niet eveneens een aftrek voor datzelfde kapitaal te worden verleend op het niveau van de moeder, zie verder hierna.¹⁹⁹ Voorts dient het in de onderneming werkzame vermogen te worden gecorrigeerd voor het positieve saldo van de (boekwaarde van) activa minus de passiva die toere-

196. In gelijke zin Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 288-289. Ook Litjens sluit aan bij het (gecorrigeerde) fiscale vermogen, Litjens, F.P.J.; *Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting*, WFR 1985/109.

197. Michielse noemt dit het cumulatief-effect, Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 289.

198. Nota navv, TK, 2004-2005, 29 686, blz. 16.

199. Vergelijk in dit verband Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 278-283, waar Michielse deze dubbeltekening aan de hand van cijfervoorbeelden illustreert.

kenbaar zijn aan de vaste inrichting, waarvan de inkomensbestanddelen vanuit perspectief van het voorkomen van dubbele belasting zijn vrijgesteld.²⁰⁰

Correctie voor deelnemingen

In een stelsel van aftrek van primair rendement ontstaan er dubbeltellingen in deelnemingsverhoudingen. Hetzelfde vermogen leidt namelijk in een moeder-dochtersituatie op beide niveaus tot aftrek. Dit is niet de bedoeling. Op het eerste gezicht lijkt het logisch om ter grootte van dit primaire rendement een inperking te maken op de deelnemingsvrijstelling. In de nota Grapperhaus wordt deze benadering – voor een stelsel van aftrek van primair dividend – gevolgd.

‘Ter zake van de door een naamloze vennootschap uitgedeelde werkwinst wordt de aftrek van primair dividend verleend ook voor zover die winst toevallt aan een vennootschap bij wie de aandelen in eerstbedoelde vennootschap – de werkmaatschappij – een deelneming vormen. Daar bij een werkmaatschappij de uitgedeelde winsten niet of niet meer te volle aan de heffing van vennootschapsbelasting wordt onderworpen, vervalt het motief om aan een deelnemende vennootschap deelnemingsvrijstelling ter zake van ontvangen primair dividend toe te kennen. Bij de deelnemende vennootschap gaat het uit hoofde van een deelneming primaire dividend dus deel uitmaken van de te belasten winst, waardoor bij de werkmaatschappij verleende aftrek van primair dividend ongedaan wordt gemaakt. Anderzijds geniet de deelnemende (bedoeld zal zijn deelnemende, JvS) vennootschap op haar beurt aftrek van primair dividend ter zake van de door haar uitgedeelde winst.’²⁰¹

Voor een stelsel van primair dividend valt een dergelijke benadering te verdedigen, het gaat dan immers om het voorkomen van dubbele heffing op dividenden. Een heffingsvacuüm of een dubbele aftrek is evenwel niet beoogd. Overigens kan voornoemde beperking wel praktische problemen met zich brengen. Hierbij wijs ik bijvoorbeeld op grensoverschrijdende situaties, EU-rechtelijke aspecten, situaties waarin kleine belangen worden gehouden en verdelingsaspecten bij meer aandeelhouders. Ook in de literatuur wordt een inbreuk verdedigd op de deelnemingsvrijstelling, in een stelsel dat sterk lijkt op een stelsel van aftrek van primair rendement.²⁰²

200. In gelijke zin Vergelijk Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109 en Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 289. Indien voor de vermogens in de vaste inrichting namelijk wel een aftrek wordt verleend terwijl daar geen heffing tegenover staat, zou daarmee aanzienlijke erosie dreigen van de heffingsgrondslag. Het is de vraag in hoeverre deze benadering in overeenstemming is met EU-recht. Door deze benadering wordt het namelijk op het eerste gezicht het in het buitenland ontplooiën van beleggingsactiviteiten namelijk ongunstiger behandeld dan het ontplooiën van dezelfde activiteiten in het binnenland. Op dit punt ga ik in paragraaf 8.6.2.1 nader in

201. Nota (Grapperhaus), TK, 1970-1971, 10 955 blz. 14.

202. Heithuis, E.J.W.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026.

Met Litjens acht ik een 'afschaffing' van de deelnemingsvrijstelling ongewenst en theoretisch onjuist.²⁰³ In dit verband wijs ik op mijn rekenmodel opgenomen in paragraaf 8.7.1. Dat belastingplichtigen er op vooruit gaan ten opzichte van de huidige situaties is wel een juiste constatering, maar dit is ook exact de bedoeling van een stelsel van primair rendement.²⁰⁴ Althans, het is geen doelstelling om onder het stelsel van primair rendement tot een uiteindelijk gelijke uitkomst te komen als onder het huidige stelsel.²⁰⁵ Er wordt namelijk een gelijkstelling beoogd tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen.²⁰⁶ Dit wordt ook bereikt, mits de deelnemingsvrijstelling intact blijft; zie de tabel in bijlage A. Uit deze tabel blijkt duidelijk dat – binnen genoemde uitgangspunten – een stelsel van aftrek van primair rendement voor belastingplichtigen op zowel concernniveau als het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder evenwichtiger uitwerkt, dan het huidige stelsel. De resultaten zijn in casu gelijk aan de gevolgen van financiering met vreemd vermogen, vergelijk kolom 1 (primair rendement met dnv) met kolom 4 (huidig). Indien een inperking op de deelnemingsvrijstelling wordt gemaakt, leidt een stelsel van primair rendement op zowel het niveau van een concern als het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder tot gelijke resultaten ten opzichte van het huidige stelsel.²⁰⁷ Daarmee blijft financiering met vreemd vermogen fiscaal gezien aantrekkelijker dan financiering met eigen vermogen. Dit verschil in benadering acht ik vanuit economisch perspectief en gelijkheidsperspectief ongewenst.

Het bovenstaande neemt niet weg dat dubbeltellingen moeten worden geëlimineerd. Dit kan worden bereikt door in deelnemingssituaties ex art. 13 het vermogen

203. Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

204. Wetenschappelijk gezien acht ik dit punt overigens niet relevant.

205. Voorts zou een inperking op de deelnemingsvrijstelling op ontvangen dividenden ter grootte van het primaire rendement mijns inziens winstinhouding stimuleren. Zolang er namelijk geen dividenden worden uitgekeerd, komt – behoudens bij verkoop – (inperking van) toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet aan de orde. Dit is anders, indien er bijvoorbeeld bij de moeder van een vennootschap die een primair rendement ten laste van haar winst heeft gebracht een fictief rendement ter grootte van het primaire rendement in aanmerking wordt genomen.

206. Zoals ik hiervoor aangaf kan er – mede vanuit budgettaire overwegingen – ook voor worden gekozen de groepsrente in aftrek te beperken tot het hoogste het percentage primair rendement.

207. Op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder treden nog wel kleine verschillen op. Het verschil (27) op het niveau van box 2 van 449,80 (kolom 1) en 476,80 (kolom 4) houdt verband met het verschil van de behandeling van de rentebaten. De rentebaten van 100 worden 27%-punt (52-25) zwaarder belast in kolom 4 en daar komt het verschil van 27 vandaan. Het verschil op niveau van 'vennootschapsbelasting: geen dnv' kan worden verklaard door de aftrek voor primair rendement dat de aandeelhouder geniet in kolom 1. Deze bedraagt 10% van 1.000 en er hoeft geen correctie van 1.000 te worden gemaakt voor het vermogen van M, omdat de aandeelhouder geen deelnemingsvrijstelling krijgt voor het resultaat uit M. Het verschil bedraagt derhalve 29,6% 10% van 1.000 is 29,6.

van de deelnemingen te filteren uit het vermogen van de aandeelhouder.²⁰⁸ Hierbij dient in het vermogen van de moedermaatschappij een correctie te worden gemaakt voor het vermogen dat toerekenbaar is aan de deelneming.²⁰⁹ Hierbij kan mijns inziens in beginsel worden aangesloten bij het voor de deelneming opgeofferde bedrag, waarbij nog wel een correctie moet worden gemaakt voor uitgekeerde dividenden.

Ter illustratie dient het volgende. Een moeder (M bv) met een eigen vermogen van 100, stort 100 in een nieuw opgerichte deelneming (D bv). D bv krijgt dan een aftrek over 100, terwijl bij moeder een correctie wordt gemaakt van 100. Indien het eigen vermogen van de deelneming stijgt tot 250 door het behalen van 150 winst (die niet worden uitgekeerd), dient deze stijging van het eigen vermogen van 150 niet te worden gecorrigeerd op het niveau van de moeder. Dit zou slechts anders zijn, indien het vermogen van M bv stijgt door de waardeontwikkeling van de deelneming vanwege waardering op actuele waarde. Alsdan zou zonder correctie namelijk wel een dubbeltelling optreden.

Dit betekent niet dat winstreserves nooit moeten worden geëlimineerd. Stel M bv koopt D bv. De koopprijs bedraagt 250 (100 nominaal aandelenkapitaal en 150 winstreserve). In deze situatie brengt ook de winstreserve van 150 een financieringsbehoefte met zich op het niveau van M bv. D bv kan een aftrek van primair rendement plegen over 250. Indien deze 250 (= opgeofferd bedrag) niet wordt gecorrigeerd op het niveau van M bv zou er dubbeltelling plaatsvinden. Indien D bv vervolgens dividend uitkeert, daalt de grondslag voor een aftrek van primair rendement. De correctie op het niveau van M bv daalt dienovereenkomstig.

Bovenstaande benadering dient voor zowel binnenlandse als buitenlandse deelnemingen te worden gevolgd. Dit betekent dat geen separate berekening nodig is van het in onderneming werkzame vermogen van een buitenlandse dochtermaatschappij.

Percentage primair rendement

Om de aftrek van het primaire rendement te bepalen, is naast een grondslag ook een percentage nodig. De achtergrond van primair rendement komt voort uit de bedrijfs-

208. Indien de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, hoeft er geen inperking te worden gemaakt op het 'in de onderneming werkzame vermogen'. Indien zo'n inperking wel wordt gemaakt, bestaat er op het niveau van de aandeelhouder zonder deelnemingsvrijstelling een voorkeur voor de financiering van de dochter met vreemd vermogen. Anders geformuleerd bestaat er dan geen neutraliteit ten aanzien van de financieringsbeslissing.
209. Michielse noemt dit het cumulatieve-effect, Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 281. België volgt deze benadering in het daar per 1 januari 2006 ingevoerde systeem van notionele interestaftrek (stelsel van aftrek van primair rendement). Bij de bepaling van de grondslag voor het primaire rendement vindt onder meer een correctie plaats voor de waarde van aandelen in deelnemingen om dubbeltellingen te voorkomen, vergelijk art. 205ter §1, Wetboek van inkomstenbelastingen 1992. Vergelijk ook Litjens die een correctie maakt op het in het in de onderneming werkzame vermogen voor bedragen ter zake van deelnemingen waarop art. 13 van toepassing is, bijvoorbeeld Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

economische gedachte de vergoeding van eigen vermogen te splitsen in een deel 'normale' vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen en een deel overwinst (risicodeel). Om tot een gelijke behandeling te komen van eigen vermogen en vreemd vermogen, dient alleen de normale vergoeding ten laste van de winst te worden gebracht.²¹⁰ De vraag is wat moet worden verstaan onder de normale vergoeding voor ter beschikking gesteld vermogen.²¹¹

Het lijkt – vanuit de arbitrage gedachte – logisch uit te gaan van een rentevergoeding die bestaat uit twee componenten:

- een beloning voor het risicovrij ter beschikking stellen van de gelden; en
- een risico-opslag.²¹²

Vergelijk in dit verband ook De Langen, die – uitgaande van de vennootschapsbelasting als overwinstbelasting – aangeeft dat er slechts vennootschapsbelasting kan worden geheven over de winst na aftrek van een normale interest en een risicopremie voor de aandeelhouders.²¹³ Strikt genomen kunnen daarom de normale vergoedingen voor verschillende belastingplichtigen divergeren, omdat deze vergoeding afhangt van omstandigheden en voorwaarden waaronder het vermogen ter beschikking is gesteld.

Opgemerkt zij echter dat de 'opportunity cost of capital' de 'riskless rate of return' representeert, die een aandeelhouder kan verwachten van een alternatieve investering.²¹⁴ Volgens deze benadering moet strikt genomen de 'riskless rate of return' in

210. In de Engelstalige literatuur wordt dit aangeduid als de 'opportunity cost of capital', vergelijk Isaac, J.; A comment on the viability of the allowance for corporate equity, *Fiscal studies*, 1997, vol. 18, nr. 3, blz. 307.
211. In de Nota Grapperhaus wordt dienaangaande het volgende opgemerkt: 'Zo zullen jaarlijks per naamløze vennootschap (onderstreping JvS) zowel de omvang van het eigen vermogen (...) als het voor een vennootschap passende rentepercentage betreft, worden vastgesteld', Nota (Grapperhaus), TK, 1970-1971, 10 955 blz. 11.
212. Vergelijk bijvoorbeeld Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109 en Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, *Fiscale monografieën* nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 289.
213. De Langen, W.J.; Grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht (deel I), Samson NV, Alphen aan den Rijn, 1954, blz. 184-221.
214. Isaac, J.; A comment on the viability of the allowance for corporate equity, *Fiscal studies*, 1997, vol. 18, nr. 3, blz. 307. Isaac formuleert deze vergoeding nog scherper als 'the rate of return, excluding all risks other than that of inflation', zie verder blz. 307-308. Vergelijk tevens Keen, M. & King, J.; The Croatian Profit Tax: An ACE in practice, *Fiscal Studies*, 2002, vol. 23, nr. 3, blz. 415: 'A strong case can thus be made that the appropriate level at which to set the PI rate (protective interest is "normal return", JvS) was that of a risk-free return'. Keen en King verwijzen hierbij naar Bond, S.R. & Devereux, M.P.; On the design of a neutral business tax under uncertainty, *Journal of Public Economics*, 1995, nr. 58, blz. 57-71 en Bond, S.R. & Devereux, M.P.; Generalised R-based and S-based taxes under uncertainty, Institute for fiscal studies, Working Paper nr. 99/9. Vergelijk in dit verband voorts Bond, S.R. & Devereux, M.P.; Generalised R-based and S-based taxes under uncertainty, *Journal of Public Economics*, 2003, nr. 87, blz. 1291-1311. Het feit dat moet worden uitgegaan van de risk-free return roept direct de vraag op of niet een zelfde benadering moet worden gevolgd ten aanzien van rente. Deze vraag dient evenwel ontkennend te →

aanmerking worden genomen als normale vergoeding. Mijns inziens hangt de benadering af van het gekozen uitgangspunt. Vanuit de aandeelhouder/crediteur is de 'opportunity cost of capital' van belang. Vanuit de vennootschap bezien gaat het om een gelijkschakeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Gelet op het arbitrageargument lijkt het mij theoretisch wenselijk om uit te gaan van een rente inclusief renteopslag.

Voorgaande keuze betekent feitelijk dat deze normale rente inclusief renteopslag per belastingplichtige kan verschillen. Ik acht het vanuit praktische overwegingen evenwel niet wenselijk om deze normale vergoeding per vermogensverstrekking te bepalen. Het verdient vanuit het oogpunt van de eenvoud mijn stellige voorkeur om te komen tot een algemeen gemiddelde. Ik acht het vanuit praktisch perspectief verdedigbaar om het rentepercentage op langlopende staatsobligaties als uitgangspunt te nemen.²¹⁵ Deze relatief risicoloze vorm van beleggen vormt een indicatie voor de normale vergoeding op risicoloos vermogen. Michielse wijst er terecht op dat indien het risico in een bepaalde branche verhoudingsgewijs hoog is, de fiscale behandeling van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen zal verschillen.²¹⁶ Dit betekent dat het arbitrageargument weer opgeld zou doen. Indien dit ongewenst is, zijn verschillende oplossingen denkbaar. Een oplossing voor deze problematiek is om dit risico in de vorm van een risico-opslag in aanmerking te nemen. Dit levert naar verwachting praktisch wel problemen op, bijvoorbeeld indien een onderneming werkzaam is in meerdere branches. Een andere praktische oplossing is om uit te gaan van het door de vennootschap betaalde (gemiddelde) rentetarief. Dit heeft naar verwachting evenwel aanzienlijke budgettaire consequenties.²¹⁷ Een andere – budgettair meer vriendelijke – variant is om voor zowel het primaire rendement als de rente (aan verbonden lichamen) een bepaald gelijk aftrekbaar tarief in aanmerking te nemen. Deze variant heeft als voordeel dat er vanuit de vennootschap geen verschil bestaat tussen eigen vermogen en vreemd vermogen.²¹⁸ Een dergelijke benadering voorkomt tevens oneigenlijke structuren waarin eigen vermogen (met een relatieve lage aftrek) wordt gepresenteerd als vreemd vermogen. Wel brengt het beperken van renteaftrek het risico van economisch dubbele heffing met zich. Vanuit het oogpunt van de eenvoud gaat mijn voorkeur uit naar een wettelijk vastgelegd percentage, bijvoor-

→ worden beantwoord, zie Keen, M. & King, J.; *The Croatian Profit Tax: An ACE in practice*, Fiscal Studies, 2002, vol. 23, nr. 3, blz. 415. Een stelsel van aftrek van primair rendement (ACE) beoogt namelijk overwinst te belasten.

215. In gelijke zin Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 289. Deze benadering is bijvoorbeeld ook gekozen door België in hun systeem van de vermogensaftrek. Ook Kroatië hanteerde een systeem waarin het aftrek-bare percentage voor alle belastingplichtigen gelijk was, Keen, M. & King, J.; *The Croatian profit tax: an ACE in practice*, Fiscal Studies, 2002, vol. 23, nr. 3, blz. 415-416.

216. Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 289.

217. Wetenschappelijk is dit overigens geen (relevant) argument.

218. Dit werkt positief uit op de financieringsneutraliteit. Een zuiver stelsel van een allowance for corporate equity werkt daarnaast neutraal uit ten aanzien van de spaar- en investeringsbeslissing, vergelijk Lammersen, L.; *Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity*, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47, blz. 8-12.

beeld gebaseerd op de vergoeding op langlopende staatsobligaties. Desgewenst kan het percentage nog wettelijk worden gemaximeerd om het budgettaire risico te beperken.

8.7 Toetsing stelsel primair rendement

8.7.1 Economische toetsing

8.7.1.1 Presentatie model, uitgangspunten en toetsingsmethodiek

Om de gevolgen van het stelsel aftrek primair rendement goed te kunnen schetsen heb ik een rekenmodel opgesteld. Het merendeel van de cijfermatige uitwerking is opgenomen in tabellen in bijlage B. In tabel 1 heb ik – ter vergelijking met het door mij nader onderzochte systeem – de uitkomsten weergegeven van het rekenmodel in het huidige stelsel, dus zonder toepassing van aftrek van primair rendement. In tabel 1 ben ik uitgegaan van de volgende veronderstellingen:

- Percentage winstuitdeling door D is 100.
- Percentage winstuitdeling door M is 100.
- Eigen winst M bedraagt nihil.
- Winst D is 1000.
- Verliezen kunnen direct worden verrekend.

Vervolgens worden vier scenario's met verschillende vermogensverhoudingen door-gerekend. In tabel 2 wordt een stelsel van aftrek van primair rendement doorgere-kend, uitgaande van de voornoemde veronderstellingen, met dien verstande dat het percentage primair rendement gelijk is aan het rentepercentage, te weten 10%. In de bijlage B zijn nog nadere rekenvoorbeelden opgenomen waarin van voornoemde veronderstellingen wordt afgeweken.

In de tabellen (zie bijlage B) geef ik onder meer de gevolgen weer van de verschillen-de scenario's voor het concern en voor de uiteindelijke aandeelhouders.²¹⁹ Daarin onderscheid ik de volgende categorieën aandeelhouders/crediteuren:

- Box 1.
- Box 2.²²⁰
- Box 3.
- Vrijgesteld.
- Vennootschapsbelasting: wel deelnemingsvrijstelling.
- Vennootschapsbelasting: geen deelnemingsvrijstelling.
- Buitenland en heffing toegewezen aan buitenland.
- Buitenland tax haven.

219. Overigens zijn in bijlage B ook tabel 1 en tabel 2 opgenomen in dezelfde lay-out als de andere tabellen. De tabellen in de bijlagen geven meer inzicht in de gevolgde rekenmethodiek dan de (gecomprimeerde) tabellen in de hoofdttekst.

220. Waarbij de dividenden in box 2 vallen en de rentebaten ingevolge art. 3.92 Wet IB 2001 in box 1.

Tabel 1 HUIDIGE STELSEL									
Uitgangspunten									
moeder met EV	1000	0	1000	0	1000	0	1000	0	0
moeder met VV	0	1000	1000	0	1000	0	1000	0	1000
dochter met EV	1000	0	0	0	0	0	0	0	0
primair rendement	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Rentepercentage	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Winst D voor aftrek p.r.	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000
Overige winst M	0	0	0	0	0	0	0	0	0
VPB Tarief	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6
Berekeningen									
Winst D na rente	900	1000	1000	1000	1000	1000	1000	900	900
Winst D na aftrek p.r.	900	1000	1000	1000	1000	1000	1000	900	900
Belasting D	266,4	296	296	296	296	296	296	266,4	266,4
Winst D na belasting	633,6	704	704	704	704	704	704	633,6	633,6
Winstuitdeling door D	633,6	704	704	704	704	704	704	633,6	633,6
Winst M voor aftrek p.r., dnv rentelasten/baten	633,6	704	704	704	704	704	704	633,6	633,6
Interestbaten	100	0	0	0	0	0	0	100	100
Winst voor aftrek p.r., dnv en rentelasten	733,6	704	704	704	704	704	704	733,6	733,6
Rentelasten	0	100	100	100	100	100	100	0	0
Deelnemingsvrijstelling	633,6	704	704	704	704	704	704	633,6	633,6
Winst na dnv, rentelasten voor p.r.	100	-100	-100	-100	-100	-100	-100	0	0
Primair rendement:	1000	-1000	0	0	0	0	0	0	0
Vermogen M met correctie vermogen D	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Primair rendement:	100	-100	0	0	0	0	0	0	0
Winst M na aftrek p.r. voor bel.	29,6	-29,6	0	0	0	0	0	0	0
Belasting	70,4	-70,4	0	0	0	0	0	0	0
Winst M na belasting	704	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	704	704
Totale winst na belasting	296	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	296	296
Totale belasting op niveau M + D	704	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	704	704
Winstuitdeling	100	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	100	100
Percentage uitdeling M	100	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	100	100
Heffing over dividend + rente									
Box 1	52	366,08	0	662,08	0	662,08	0	662,08	52
Box 2 (rente is TBS; box 1)	25	176	0	472	0	472	0	472	25
Box 3	1,2	12	0	308	0	308	0	308	1,2
Vrijgesteld	29,6	0	0	296	0	296	0	296	29,6
Vennootschapsbelasting: wel dnv	29,6	0	0	296	0	296	0	296	29,6
Vennootschapsbelasting: geen dnv	29,6	208,38	0	504,38	0	504,38	0	504,38	29,6
Buitenland + heffing toegewezen aan bui.	35	246,4	0	542,4	0	542,4	0	542,4	35
Buitenland tax haven	0	0	0	296	0	296	0	296	0
Totaal				662,08		662,08		662,08	
Totaal				647,87		647,87		647,87	
Totaal				476,8		476,8		476,8	
Totaal				278,4		278,4		278,4	
Totaal				266,4		266,4		266,4	
Totaal				483,55		483,55		483,55	
Totaal				523,16		523,16		523,16	
Totaal				266,4		266,4		266,4	

Tabel 1: Huidig stelsel in format primair rendement

Uit tabel 1 blijkt dat in het huidige stelsel geen financieringsneutraliteit bestaat op concernniveau. Er is namelijk een voorkeur voor de financiering met vreemd vermogen op het niveau van de moeder. Uit tabel 1 blijkt voorts dat er op het niveau van de dochter evenmin financieringsneutraliteit bestaat. Neutraliteit bestaat slechts op het

niveau van de aandeelhouder met deelnemingsvrijstelling. Uit de berekeningen blijkt dat de onevenwichtigheden ontstaan, indien de *moedervennootschap* is gefinancierd met vreemd vermogen. Dit komt – voor een belangrijk deel – voort uit het feit dat rente wel en dividend niet aftrekbaar is op het niveau van M bv. Overigens komen niet alle verstoringen volledig voor rekening van het verschil tussen de fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting. Ter illustratie wijs ik op de box 2-situatie in tabel 1, waarin het verschil mede wordt veroorzaakt door het verschil in behandeling van rente (box 1) en dividend (box 2) op het niveau van de crediteur/aandeelhouder.

In tabel 2 is een stelsel van aftrek van primair rendement doorerekend.

Tabel 2 STELSEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT									
Uitgangspunten									
moeder met EV	1000	0	1000	0	1000	0	1000	0	0
moeder met VV	0	0	1000	0	1000	0	1000	0	1000
dochter met EV	0	0	1000	0	1000	0	1000	0	1000
dochter met VV	1000	0	0	0	0	0	0	0	0
primair rendement	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Rentepercentage	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Winst D voor aftrek p.r.	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000
Overige winst M	0	0	0	0	0	0	0	0	0
VPB-Tarief	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6	29,6
Berekeningen									
Winst D na rente	900	1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	900
Winst D na aftrek p.r. rente	900	900	900	900	900	900	900	900	900
Belasting D	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4
Winst D na belasting	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6
Winstuitdeling door D	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6
Winst M voor aftrek p.r., dnv, rentelasten/baten	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6
Interestbaten	100	0	0	0	0	0	0	0	100
Winst voor aftrek p.r., dnv en rentelasten	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6
Rentelasten	0	100	100	100	100	100	100	100	100
Deelhemingsvrijstelling	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6
Winst na dnv, rentelasten voor p.r.	100	-100	-100	-100	-100	-100	-100	-100	0
Primair rendement:	1000	100	100	100	100	100	100	100	0
Vermogen M met correctie vermogen D	100	100	100	100	100	100	100	100	0
Primair rendement:	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Winst M na aftrek p.r. voor bel.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Belasting	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Winst M na belasting	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Totale winst na belasting	733,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6
Totale belasting op niveau M + D	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4	266,4
Winstuitdeling	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6	733,6
Percentage uitdeling M	100	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6	633,6
Heffing over dividend + rente									
Tarief	dividend	rente	dividend	rente	dividend	rente	dividend	rente	dividend
Box 1	52	381,47	0	647,87	52	329,47	0	647,87	52
Box 2 (rente is TBS, box 1)	25	183,4	0	449,8	52	158,40	0	449,8	52
Box 3	1,2	12	0	278,4	0	12	0	278,4	0
Wijziggesteld	0	0	0	266,4	0	0	0	266,4	0
Vennootschapsbelasting: wel dnv	29,6	0	0	266,4	29,6	0	0	266,4	29,6
Vennootschapsbelasting: geen dnv	29,6	187,55	0	453,95	29,6	187,55	0	453,95	29,6
Buitenland + heffing toegewezen aan bui.	35	256,76	0	523,16	35	256,76	0	523,16	35
Buitenland tax haven	0	0	0	266,4	0	0	0	266,4	0

Tabel 2: Stelsel primair rendement

Uit tabel 2 blijkt dat een stelsel van primair rendement op het niveau van M en D financieringsneutraliteit met zich brengt. Een vrijstelling van rente is niet nodig, evenmin als een inperking op de deelnemingsvrijstelling. Het niet-toepassen van deelnemingsvrijstelling op het niveau van de ontvangende vennootschap leidt zelfs tot verstoring van de neutraliteit. Op het niveau van de aandeelhouder/crediteur bestaat indifferentie ten aanzien van de vermogensverhouding, behoudens op het niveau van de box 2-aandeelhouders. Bij deze categorie bestaat er een voorkeur voor financiering met eigen vermogen vanwege het feit dat rente tegen het progressieve tarief (52%) wordt belast en dividend 'slechts' wordt belast tegen 25%.

Kort en goed bestaat er – behoudens de situatie van box 2 – (onder voornoemde condities) geen fiscale verstoring tussen de financiering met eigen vermogen en de financiering met vreemd vermogen. Wel bestaat er tussen de verschillende situaties een verschil in behandeling. Ter illustratie wijs ik op een box 1-situatie versus een situatie vennootschapsbelasting mét deelnemingsvrijstelling. Deze ongelijkheid komt evenwel niet voort uit het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen op zichzelf, maar uit een verschillende fiscale behandeling van natuurlijke personen en vennootschappen in verschillende situaties. Vergelijk tevens het verschil in belastingheffing tussen box 1 en box 3.²²¹

In deze paragraaf ben ik uitgegaan van bepaalde assumpties. Hierna bekijk ik de gevolgen van het loslaten van enkele veronderstellingen voor de hierboven geconstateerde financieringsneutraliteit.

8.7.1.2 Variatie in uitgangspunten

Verskil rentepercentage en primair rendement

In de tabel 2 veronderstelde ik dat het percentage primair rendement en het rentepercentage gelijk zijn. Indien vanuit praktische overwegingen het rentepercentage van langlopende staatsobligaties wordt genomen als percentage voor het primair rendement, ligt het in de lijn der verwachting dat er enig verschil bestaat tussen de feitelijke rentepercentages en het percentage primair rendement.²²² Indien deze gelijkstelling wordt losgelaten, bestaat er niet langer financieringsneutraliteit (zie tabel 3 in bijlage B).²²³ Bij een rentepercentage dat hoger is dan het percentage forfaitair rendement, wordt vanuit het concern gezien financiering met vreemd vermogen op het niveau van M bv logischerwijs aantrekkelijker.

221. Dergelijke verschillen beschouw ik in dit onderzoek als een gegeven. Overigens zijn deze discrepanties desgewenst oplosbaar. De box 2-problematiek kan verder bijvoorbeeld worden opgelost, door de ontvangen rente op het niveau van de crediteur te belasten tegen het a.b.-tarief van 25% in plaats van tegen het progressieve IB-tarief.

222. Indien dit verschil ongewenst is, kan er onder meer voor worden gekozen om het rentepercentage (rente betaald aan gelieerde partijen) te maximeren op het percentage primair rendement.

223. Dit geldt niet alleen voor de financieringsneutraliteit, maar (in een stelsel van een perfecte ACE) ook voor de neutraliteit ten aanzien van de spaar- en investeringsbeslissing (zie ook hierna), vergelijk Lammersen, L.; Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47, blz. 8-12.

Vanuit het oogpunt van de uiteindelijke aandeelhouder geldt dit in het merendeel van de gevallen evenzeer. In de situatie van de box 2-aandeelhouder met een tbs-vordering verdient op het niveau van de moeder financiering met eigen vermogen echter de voorkeur. Op het niveau van de aandeelhouder met deelnemingsvrijstelling bestaat financieringsneutraliteit. Naarmate het verschil tussen het rentepercentage en het forfaitair rendement kleiner wordt, wordt ook het verschil in fiscale behandeling kleiner (zie tabellen 4 en 5). Er vindt een convergentie plaats van de vier onderscheiden scenario's. Indien het percentage forfaitair rendement hoger is dan het rentepercentage, bestaat er in de meeste gevallen een preferentie voor financiering met eigen vermogen op zowel concernniveau als het niveau van de uiteindelijke aandeelhouders (zie tabel 6). Op het niveau van de aandeelhouder met deelnemingsvrijstelling bestaat er evenwel financieringsneutraliteit.

Variatie percentage uitdeling

In de voorgaande paragrafen ben ik er van uit gegaan, dat M bv haar volledige winst uitdeelt. Het is denkbaar dat M bv besluit een deel van haar winst te reserveren. Reservering van een deel van de winst door M bv brengt geen (nadelige) gevolgen met zich voor de financieringsneutraliteit op concernniveau. Deze blijft getuige tabel 7 intact. Op het uiteindelijke aandeelhoudersniveau is het percentage uitdeling daarentegen veelal wel relevant. Op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouders bestaat namelijk voor sommige situaties een fiscale stimulans om 'primaire rendement' in de vennootschap te laten. Het betreft situaties waarin het ontvangen dividend wordt belast. In situaties waarin een vrijstelling geldt, is de aandeelhouder vanuit fiscaal perspectief indifferent jegens de uitdelingsbeslissing. Voor box 3-aandeelhouders geldt hetzelfde, aangezien daar op forfaitaire basis belasting wordt geheven, ongeacht de hoogte van de dividenduitdeling.

Overigens wordt de stimulans om dividend (primaire rendement) in te houden niet veroorzaakt door het fiscale verschil in behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen op het niveau van de primaire rendement/dividenduitkerende vennootschap. Daar worden rente en primaire dividend immers gelijk behandeld; voor beide geldt een aftrek.²²⁴ Dit verschil in behandeling vormt mijns inziens daarom geen manco van het stelsel van aftrek van primaire rendement. De discrepantie komt namelijk voort uit het feit dat rentebaten normaliter over het jaar belastbaar zijn, terwijl dat niet geldt voor dividend zolang er niet wordt uitgekeerd. Worden dividenden later uitgekeerd, dan leidt dit alsnog tot heffing, vergelijk bijvoorbeeld box 1, box 2, vennootschapsbelasting zonder deelnemingsvrijstelling en belastingheffing in het buitenland zonder deelnemingsvrijstelling. Afgezien van mogelijk progressievoordeel en tariefverschillen over de jaren, vormt dit verschil 'slechts' een timingverschil. Vergelijk in dit verband ook tabel 8, waarin M bv 100% van haar winst uitkeert en dochter 60%. Op concernniveau bestaat evenwicht; de totale gecombineerde belastingdruk van M bv en D bv is ongeacht de financieringsverhouding gelijk. De totale belastingdruk op het niveau van M bv en D bv is voorts even hoog in tabel 7 en

224. Wel geldt als belangrijk verschil dat dividend niet hoeft te worden uitgekeerd, terwijl rente in de regel wel moet worden betaald.

8 en ook even hoog als in tabel 2 (waar alle winst door zowel M bv als D bv wordt uitgekeerd).

Met nadruk merk ik nogmaals op, dat voornoemde discrepantie – het niet-bestaan van ‘financieringsneutraliteit’ op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouders – niet voortkomt uit het stelsel van aftrek van primair rendement, maar voortkomt uit het verschil in behandeling op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouders, alsmede uit timingverschillen. Desgewenst moet reparatie dan ook plaatsvinden op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder.²²⁵

Variatie eigen winst M bv

In de voorgaande paragrafen ben ik ervan uitgegaan dat de winst van M bv nihil is. Het afwijken van deze conditie brengt geen verstoringen aan het licht voor het stelsel van aftrek van primair rendement, vergelijk tabel 9. Op het niveau van het concern bestaat er financieringsneutraliteit, en ook op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder/crediteur vinden geen verstoringen plaats. Wel doet zich nog steeds de eerder behandelde discrepantie voor op het niveau van de box 2-aandeelhouder/tbs-er. Verder blijft het verschil bestaan tussen aandeelhouders onderling.

Variatie verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen en eigen winst

Uit tabel 10 blijkt dat ook aanpassingen van de hoeveelheid eigen vermogen en vreemd vermogen in wisselende verhoudingen in combinatie met het invoeren van eigen winst voor bv M, geen invloed hebben op de financieringsneutraliteit. Zowel op concernniveau als op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouders blijft er financieringsneutraliteit bestaan. Slechts op het niveau van de box 2-aandeelhouder met een tbs-vordering bestaat er geen neutraliteit. Zoals ik hiervoor aangaf, wordt deze discrepantie niet veroorzaakt door het stelsel van aftrek van primair rendement, maar door het verschil in behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen op het niveau de uiteindelijke aandeelhouder.

Loslaten veronderstelling primair rendement in buitenland

Een belangrijke veronderstelling in de tabellen 1 tot en met 10 in bijlage B ten aanzien van de buitenlandse aandeelhouder is dat de dividenden en de rentebaten op vergelijkbare wijze worden betrokken in de heffing. Als beide zijn vrijgesteld of op gelijke wijze worden belast, bestaat er vanuit de aandeelhouder/crediteur en vanuit de belastingplichtige fiscaal gezien indifferentie ten aanzien van de financieringswijze. Dit geldt ook voor de situatie waarin op het niveau van de buitenlandse aandeelhouder/crediteur een stelsel van aftrek van primair rendement geldt, met een correctie voor het eigen vermogen van de deelneming die onder een deelnemingsvrijstelling valt. Indien de rentebaten en de dividenden op het niveau van de buitenlandse aandeelhouder/crediteur evenwel verschillend worden belast – denk aan de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling – en er voorts geen correctie plaatsvindt voor de in Nederland verleende aftrek van primair rendement, bestaat er van-

225. Een andere benadering zou kunnen zijn om de vennootschap te ‘dwingen’ het primaire rendement uit te keren.

uit het oogpunt van de buitenlandse aandeelhouder/crediteur een fiscaal gedreven voorkeur voor financiering met eigen vermogen (tabel 11 in bijlage B). Op het niveau van de belastingplichtige M blijft overigens wel evenwicht bestaan. Deze discrepantie zou kunnen worden opgelost door geen aftrek van primair rendement te verlenen indien er in het buitenland geen heffing plaatsheeft over de dividenden of geen correctie plaats heeft voor de in Nederland verleende aftrek. Er bestaat een risico dat een dergelijke inperking niet in overeenstemming is met EU-recht. Gelet op HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Schempp) is een dergelijke inperking mogelijk geen probleem als deze zo wordt vormgegeven, dat de aftrek alleen wordt verleend als er bij de ontvanger heffing (of een correctie) plaatsvindt, ongeacht of dat in Nederland of in het buitenland gebeurt.

8.7.1.3 Conclusie ten aanzien van economische toetsing

In de voorgaande paragrafen toetste ik het stelsel van aftrek van primair rendement op economische neutraliteit; dit systeem scoort bijzonder goed op dit punt. In een dergelijk stelsel bestaat er – vanuit fiscaal perspectief – in beginsel neutraliteit tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. Van belang is wel dat het percentage primair rendement (nagenoeg) overeenkomt met het rentepercentage.²²⁶ De enkele discrepanties die nog optreden komen voort uit het verschil in behandeling tussen eigen vermogen en vermogen op aandeelhoudersniveau. Dit geldt eveneens voor de keuze interne financiering met eigen vermogen versus externe financiering met eigen vermogen. Deze discrepanties dienen niet binnen het stelsel van aftrek van primair rendement te worden opgelost. Als oplossing is gewenst, zal deze moeten plaatsvinden op het niveau van de betreffende aandeelhouder/crediteur. Een ander belangrijk voordeel is dat – in de zuivere variant van een stelsel van aftrek van primair rendement (ACE) waarbij alleen overwinst wordt belast – de marginale investeringsbeslissing niet wordt verstoord.²²⁷

226. Vergelijk Lammersen, L.; Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47, blz. 8-12.

227. Voor een belastingherziening in een gesloten economie of een wereld van belastingcoördinatie merkt Bond op dat een ACE (aftrek primair rendement) duidelijk de voorkeur verdient boven een CBIT (schrappen van renteaftrek) indien het verhogen van het investeringsniveau gewenst is, aangezien een ACE erin resulteert dat *'the cost of capital (is left, JvS) unchanged for all forms of investment finance. (...) the ACE tax is equivalent to a tax on "pure profits" or "economic rents"'*, Bond, S.R.; Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base, in *Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform*, Edited by Cnossen, S.; Oxford University Press, 2000, blz. 161-178. Bij de behandeling van de bezwaren tegen het stelsel van aftrek van primair rendement (paragraaf 8.8) ga ik nog nader in op een artikel van Bond, waarin CBIT en primair rendement (ACE) tegen elkaar worden afgewogen.

8.7.2 Fiscaalrechtelijke toetsing: primair²²⁸

8.7.2.1 Primaire toets: rechtvaardigheid

Rechtvaardige uitwerking

Bij toetsing van een stelsel van aftrek van primair rendement is het van belang, dat dit systeem rechtvaardig is. Dit houdt ten eerste in, dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld en ongelijke gevallen niet gelijk. In de door mij doorgerkende scenario's werkt een systeem van aftrek van primair rendement rechtvaardig uit. In mijn onderzoek acht ik het namelijk vanuit economisch perspectief gewenst dat financiering met eigen vermogen gelijk wordt behandeld met financiering met vreemd vermogen. Uit de berekeningen in paragraaf 8.7.1 blijkt dat – in ieder geval binnen de gestelde condities – financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen gelijk worden behandeld in een stelsel van primair rendement.²²⁹ Vanzelfsprekend hangt de uiteindelijke uitwerking samen met een juiste redactie van de wettekst, maar hierbij verwacht ik geen problemen.

Een tweede belangrijke voorwaarde is dat een stelsel van aftrek van primair rendement geen overkill bevat en voor belastingplichtigen niet leidt tot willekeurige resultaten. Deze voorwaarde is eveneens te vervullen door zorgvuldige redactie van de wettekst. In het hierboven behandelde rekenmodel is niets gebleken van willekeur en/of overkill. In het door mij gehanteerde model werkt een stelsel van primair rendement derhalve evenwichtig uit.²³⁰ Een punt van aandacht is de mogelijke negatieve waardesprong bij de voeging van een dochtervennootschap. Op dit punt werkt art. 10d nu niet rechtvaardig uit. Voeging van een deelneming kan voor de moeder van de fiscale eenheid namelijk toepasselijkheid van art. 10d betekenen. Door de voeging van een deelneming waarvoor goodwill is betaald, kan het vermogen van de moeder namelijk dalen. Dit probleem doet zich in beginsel ook voor in een stelsel van aftrek van primair rendement. Voeging leidt dan tot een lager eigen vermogen van de moedermaatschappij. Dit kan worden voorkomen, door bij de

228. Het is evident niet mogelijk een regeling te toetsen die niet bestaat. Toetsing van (de contouren van) het systeem van aftrek van primair rendement daarentegen is wel mogelijk. Deze toetsing volgt hierna.

229. Wel teken ik aan dat er verstoringen ontstaan indien bepaalde uitgangspunten worden verlaten, zoals de gelijkheid van het rentepercentage en percentage primair rendement (zie tabellen 3-6).

230. In dit hoofdstuk ga ik uit van de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement in het systeem van de deelnemingsvrijstelling. Nederland kent immers een dergelijk systeem. In een land dat een creditstelsel hanteert, ontstaat een tijdelijk heffingsvacuüm, Michielse noemt dit een 'deferred tax' probleem, vergelijk Michielse, G.M.M.; Thin capitalisation in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 284-286. Dit probleem komt aan de orde indien – in een moeder-dochterrelatie – de dochter geen dividend uitkeert. Deze problematiek is overigens oplosbaar door het introduceren van een voorheffing op het niveau van de dochter, mits dit in overeenstemming is met onder anderen het EU-recht. Een nadere behandeling van de invloed van primair rendement in een creditsysteem blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

moeder separaat de goodwill op de balans in aanmerking te nemen en deze te laten staan bij de voeging.²³¹

Partieel belastingplichtige stichtingen en verenigingen

Er kunnen wel enkele complicaties zijn in bijzondere situaties. Hoe dient bijvoorbeeld de aftrek te worden bepaald bij een (gedeeltelijk) belastingplichtige stichting of vereniging.²³² Denkbaar is namelijk dat de onderneming wordt gedreven met een beperkt deel van het eigen vermogen van de stichting. Ik acht het daarom redelijk de grondslag voor de berekening van de aftrek van primair rendement te beperken tot het eigen vermogen waarmee de onderneming wordt gedreven. Theoretisch is deze splitsing eenvoudig te maken. In de praktijk zal de afbakening van dit eigen vermogen van die stichting aanleiding kunnen zijn tot discussie tussen belastingplichtige en fiscus. Ik teken hierbij wel aan dat het toerekenen van eigen vermogen gepaard gaat met het toerekenen van activa. Bij een groter eigen vermogen horen derhalve ook meer (winstgenererende) activa. Vanuit dat oogpunt is het de vraag of toerekening van vermogen met oog op de aftrek van primair rendement fiscaal gezien aantrekkelijk is. Dit is mijns inziens het geval als het (verwachte) rendementspercentage op het actief lager is dan het percentage primair rendement. Indien verder het rentepercentage op vreemd vermogen hoger is dan het percentage primair rendement, is het fiscaal gezien aantrekkelijker om de ondernemingsactiviteiten zoveel mogelijk te financieren met vreemd vermogen. Deze discrepantie bestaat momenteel overigens ook, zelfs in sterkere mate, vanwege het feit dat over het eigen vermogen geen kostenaftrek mogelijk is en over vreemd vermogen in beginsel wel.

Beleggingsvennootschappen

Om oneigenlijk gebruik tegen te gaan heeft een stelsel van aftrek van primair rendement op bepaalde punten wellicht flankerende wetgeving nodig. Het kan namelijk aantrekkelijk zijn om vermogensbestanddelen in te brengen in een vennootschap, in plaats van te beleggen in privé. Hierbij dient wel een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de a.b.-houder en de particuliere belegger. Indien een belegger in privé belegt, wordt hij in box 3 belast over het forfaitair rendement op de waarde van zijn belegging. Indien hij samen met andere beleggers zijn belegging inbrengt in een vennootschap, maar daarin geen aanmerkelijk belang krijgt, zal hij voor de waarde van zijn aandeel in de vennootschap op forfaitaire wijze worden belast in box 3. Of de vennootschap dividend uitkeert is hierbij niet relevant.²³³ De vennootschap zelf wordt belast in de vennootschapsbelasting. Voor dergelijke structuren is antimisbruikwetgeving niet noodzakelijk. Ook flankerende wetgeving is niet noodzakelijk of gewenst. Dergelijke wetgeving zou namelijk kunnen leiden tot dubbele heffing.

231. Gelet op de deelnemingsvrijstelling kan op deze goodwill niet fiscaal worden afgeschreven.

232. Hierna beperk ik mij tot stichtingen. Wat ik opmerk voor stichtingen geldt mutatis mutandis ook voor verenigingen.

233. Eenvoudshalve abstraheer ik hier van de waardeverhogende factor die uitgaat van het dividendbeleid van een vennootschap.

Indien de aandeelhouder evenwel een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap, is de situatie anders. Bij het aanmerkelijk belang worden namelijk reële inkomsten belast en vindt geen heffing plaats op forfaitaire basis.²³⁴ In een dergelijke situatie is flankerende wetgeving wellicht wel gewenst bijvoorbeeld bij beleggingen die geen periodieke inkomsten opleveren. Overigens ontstaat dan wel een vorm van dubbele heffing; indien de beleggingen namelijk worden vervreemd door de vennootschap, is een beleggingswinst belast met vennootschapsbelasting. Ter zake van een dergelijk actief is evenwel geen kostenaftrek verkregen; wat leidt tot dubbele heffing. Dat een belegging zoals goud geen periodieke inkomsten oplevert is op zichzelf juist. Dit vind ik evenwel niet direct een argument voor een verschillende behandeling. Overigens kan een vennootschap het nadeel van geen aftrek van primair dividend niet neutraliseren door het desbetreffende actief te financieren met een (bank)lening. In een stelsel van aftrek van primair rendement vindt in beginsel namelijk geen allocatie plaats van de passiva aan de activa. De aanwezigheid van goud, kunst etc. vermindert eenvoudigweg de grondslag voor de berekening van het primaire rendement. Dat het goud wordt gefinancierd met een lening doet daaraan niet af.

Samengevat ben ik van mening dat voor de berekening van het primair rendement (voor vennootschappen die ingevolge art. 2, lid 5 worden geacht met hun gehele vermogen een onderneming te drijven) de grondslag niet moet worden beperkt voor beleggingen die geen periodieke inkomsten opleveren. Theoretisch valt zo'n beperking namelijk niet te verdedigen, omdat latere vervreemdingwinsten wel zijn belast. Als het beleggen in voornoemde activa binnen de vennootschap ongewenst is, dan is een forfaitair rendement op het niveau van de aandeelhouder voor bepaalde activa mogelijk een oplossing, vergelijk art. 4.14 Wet IB 2001 (buitenlandse beleggingsvennootschappen).

Vaste inrichting

Een ander aandachtspunt is de vaste inrichting in Nederland van een in het buitenland gevestigde vennootschap.²³⁵ Het heffingsrecht ten aanzien van een dergelijke vaste inrichting is in de regel toegewezen aan Nederland. Gelet op EU-recht en de non-discriminatiebepalingen in verdragen zal Nederland bij de belastingheffing over de winst van de in Nederland gevestigde vaste inrichting ook een aftrek voor primair rendement moeten toestaan. Wat moet dan als grondslag voor de berekening van primair rendement worden aangemerkt? Een vaste inrichting kent niet eenvoudigweg een balans met eigen vermogen en vreemd vermogen zoals een vennootschap die kent. De problematiek zit met name aan de passiefzijde van de balans. In beginsel bestaan er namelijk geen vordering-schuldverhoudingen tussen hoofdhuis en vaste inrichting, maar de vaste inrichting kent ook geen echte post eigen vermogen. Slechts in bijzondere situaties wordt een vordering-schuldrelatie in aanmerking ge-

234. Hierbij abstraheer ik van art. 4.14 Wet IB 2001, inzake het forfaitair rendement op buitenlandse vennootschappen die zich (voornamelijk) bezighouden met beleggen.

235. Ik ga hierna in op de omgekeerde situatie; een vaste inrichting in het buitenland van een in Nederland gevestigd hoofdhuis.

nomen. Zo'n uitzondering is de situatie waarin het hoofdhuis een lening opneemt bij een andere partij om deze gelden aan de vaste inrichting te kunnen verstrekken, vergelijk HR 7 mei 1997, BNB 1997/263.²³⁶ De schuld wordt dan toegerekend aan de vaste inrichting. Voorts worden schulden ten aanzien van onderlinge goederenleveranties in aanmerking genomen, vergelijk HR 8 november 1989, BNB 1990/36.²³⁷

Bij een volledige gelijkschakeling van eigen vermogen en vreemd vermogen is het onderscheid hiertussen louter theoretisch. Materieel bestaat er geen verschil. Over vreemd vermogen is rente aftrekbaar en over eigen vermogen is een primair rendement aftrekbaar.²³⁸ Praktisch gezien bestaat er derhalve geen verschil, ervan uitgaande dat alles wat geen vreemd vermogen is voor de vaste inrichting kan worden aangemerkt als eigen vermogen.²³⁹ Dat slechts in uitzonderlijke situaties vreemd vermogen kan worden toegerekend aan een vaste inrichting, komt expliciet aan de

236. Aldaar overwoog de Hoge Raad: *'De middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, dienen, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de fictie dat de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormt, in de regel als eigen vermogen van die vaste inrichting te worden beschouwd, zoals ook bij een zelfstandige onderneming de daarin geïnvesteerde middelen, voorzover die niet zijn verkregen doordat schulden zijn aangegaan, als eigen vermogen zijn aan te merken. Hierbij verdient nog opmerking dat de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen van een onderneming afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden waarin de onderneming verkeert en van de keuze van de wijze waarop de ondernemer in de financiering van de onderneming wenst te voorzien, hetgeen ook voor overigens onderling vergelijkbare ondernemingen leidt tot vèrgaande verschillen in de wijze waarop de onderneming is gefinancierd. Een norm ter bepaling van de verhouding welke pleegt te bestaan tussen eigen en vreemd vermogen van een zelfstandige onderneming of van een fictief als zelfstandige onderneming te beschouwen vaste inrichting, kan, gelet op deze verscheidenheid, bezwaarlijk worden vastgesteld, zodat de bepaling van de winst van een vaste inrichting, indien zodanige norm zou worden gehanteerd tot willekeurige uitkomsten zou leiden'*.

237. Dienaangaande overwoog de Hoge Raad: *'Indien, zoals onder 4.1 vermeld, voor de omzet bestemde goederen van het hoofdkantoor naar de vaste inrichting worden overgebracht en de daarmee gemoeide "factuur" bedragen aan de vaste inrichting in rekening worden gebracht zoals ook zou geschieden bij verkoop van die goederen aan een willekeurige derde, ontstaat weliswaar geen schuld in juridische zin van de vaste inrichting aan het hoofdkantoor, maar de in voormeld artikel 8, lid 2, voor de winstberekening van de vaste inrichting voorgeschreven fictie van de zelfstandige onderneming brengt mee dat hier een schuld in Engelse ponden van de vaste inrichting aan het hoofdkantoor aanwezig moet worden geacht'*.

238. Vergelijk Michielse, G.M.M.; *Thin capitalisation in het fiscale recht*, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994, blz. 286-287.

239. De praktijk is mogelijk wat weerbarstiger, mede vanwege het feit dat slechts in hoge uitzondering het percentage primaire rendement gelijk is aan het rentepercentage. Een oplossing kan zijn om in de wet op te nemen dat ten aanzien van een vaste inrichting voor toepassing van de aftrek van primair rendement passiefposten die niet kwalificeren als vreemd vermogen kwalificeren als eigen vermogen.

orde in HR 25 november 2005, V-N 2005/58.17, inzake de toerekening van vreemd vermogen aan een bank/vaste inrichting.²⁴⁰

Deelneming en EU-recht

Voor de berekening van de grondslag voor primair rendement dient het vermogen van een belastingplichtige te worden gecorrigeerd voor deelnemingen, waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Dit houdt verband met het voorkomen van dubbeltellingen. Hierbij is het vanuit Nederlands perspectief irrelevant waar de deelneming is gevestigd. Het inperken van het in de onderneming werkzame vermogen met het vermogen van de deelneming geschiedt voor zowel in Nederland gevestigde als buiten Nederland gevestigde deelnemingen. Voor binnenlandse situaties is dit noodzakelijk omdat op die manier niet op twee (of meer) niveaus een aftrek wordt verleend voor feitelijk het hetzelfde vermogen. Het is evenwel zeer goed denkbaar, dat de deelneming is gevestigd in een land waar geen stelsel van aftrek van primair rendement geldt. Door het houden van een buitenlandse deelneming kan dan noch op het niveau van de moeder noch op het niveau van de dochter een aftrek van primair rendement worden verkregen (uitgaande van een gelijk vermogen van moeder en dochter). De correctie op het niveau van de belastingplichtige brengt dan met zich dat het aantrekkelijker is een binnenlandse deelneming te houden, dan een buitenlandse deelneming. Deze uitkomst acht ik niet echter strijdig met EU-recht of met enig non-discriminatiebeginsel. Dit verschil in behandeling komt namelijk voort uit verschillen in belastingstelsels tussen de verschillende landen.²⁴¹

8.7.2.2 Primaire toets: effectiviteit

8.7.2.2.1 Beleidsdoelstelling en kosten

Een belangrijk doel van het stelsel van aftrek van primair rendement is het opheffen van de discrepantie tussen de fiscale behandeling van de vergoeding op eigen vermogen en de vergoeding op vreemd vermogen. Door een stelsel van aftrek van primair rendement wordt dit onderscheid voor een belangrijk deel weggenomen. De economische verstoringen, die voortkwamen uit de verschillende behandeling, zijn gemitigeerd en daarmee is dit stelsel mijns inziens effectief en wordt de gewenste beleidsdoelstelling behaald. Hierna ga ik nog na of in een stelsel van primair rendement ook afstand kan worden genomen van de huidige renteaftrekbepkeringen, maar eerst besteed ik beknopt aandacht aan het budgettaire aspect van een stelsel van aftrek van primair rendement.

240. De Hoge Raad oordeelde: 'Als hoofddregel (onderstreping JvS) heeft te gelden dat voor de fiscale winstberekening alleen financieringsmiddelen die dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting tot het vermogen van die vaste inrichting worden gerekend. Zogenoemde interne leningen worden daarbij, anders dan in uitzonderlijke gevallen (onderstreping JvS) waarin aan de zakelijkheid van de interne lening niet kan worden getwijfeld, zoals bijvoorbeeld bij intern leverancierskrediet en bij "advances" tussen onderdelen van een financiële onderneming als bedoeld in het Commentaar op artikel 7 van het OESO Modelverdrag, punt 19, voor de fiscale winstberekening niet in aanmerking genomen. Slechts vreemd vermogen dat dienstbaar is aan de vaste inrichting kan derhalve aan het vaste inrichting-vermogen worden toegerekend'.

241. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld HvJ EG 12 juli 2005, (Schempp), BNB 2005/342.

Een nadeel van een stelsel van aftrek van primair rendement vormt de budgettaire derving. Kennelijk bestaat thans echter budgettaire ruimte voor de invoering van een dergelijk stelsel, zij het dat er dan geen of minder ruimte bestaat voor een tariefverlaging. De wetgever becijfert het budgettaire beslag – bij een percentage primair rendement van 4% – op circa € 3,7 mrd. per jaar.²⁴² Een dergelijk budgettair beslag komt zijns inziens overeen met een tariefverlaging van 7%. Voor zover mij bekend is bij deze calculaties geen rekening is gehouden met het inverteffect.

De wetgever geeft de voorkeur aan een tariefverlaging. Een tariefverlaging komt namelijk ten goede aan vennootschappen die verhoudingsgewijs veel winst maken. Hiermee wordt het behalen van winst in Nederland 'goedkoper'. Dit moge zo zijn, maar met een regulier tarief van 25,5% (dan wel een rentebox tarief van 5%),²⁴³ blijft het aantrekkelijk om de met de rentelasten corresponderende rentebaten te laten neerslaan in niet of lager belaste jurisdicties. In dit verband is het ook relevant dat uit de Nota 'Werken aan winst' nog valt af te leiden, dat indien er geen opvolger komt voor het CFM-regime (art. 15b), dit een budgettaire derving betekent circa € 85 mln. in 2007, oplopend tot een structurele budgettaire derving van € 225 mln. vanaf 2011.²⁴⁴ Het invoeren van een aftrek van primair rendement is mijns inziens ook aantrekkelijk voor concernfinancieringsmaatschappijen. In de parlementaire geschiedenis van de Wet tot invoering van een belastingaftrek voor risicokapitaal in België, wordt dit stelsel als een goed alternatief gezien voor het Belgische CFM-regime.²⁴⁵

Voorts neemt een tariefverlaging niet het onderscheid weg tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Daarmee blijft de (budgettaire) noodzaak bestaan om renteaftrekbeperkende maatregelen te nemen. In dit onderzoek heb ik aangetoond dat het huidige systeem op dit punt zeker niet volstaat. Ook tegen een andere benadering zoals het vervangen van alle aftrekbeperkingen door een thin-capitalisationbepaling bestaan zwaarwegende bezwaren, vergelijk paragraaf 8.3.4.

Het handhaven van het huidige stelsel (eventueel in combinatie met een rentebox), blijft financiering met vreemd vermogen bevoordelen boven financiering met eigen vermogen. Daarmee treden er economische verstoringen op. Naast de voor de staat negatieve financiële consequenties zijn dergelijke onevenwichtig gefinancierde ven-

242. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 27.

243. Voorstel van wet, 2005-2006, 30 572, art. II, M blz. 8-10 (art. 12c) en art. II, RR blz. (art. 22).

244. Deze derving betreft alleen het verlies aan vennootschapsbelastingopbrengst van de CFM's. De totale derving zal groter zijn onder meer vanwege lagere loon- en inkomstenbelasting en de externe zakelijke dienstverlening. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 26.

245. In dit (oude) systeem voor 'coördinatiecentra' werden de concernfinancieringsmaatschappijen op een soort cost plus-achtige wijze belast. Sinds 1993 worden de coördinatiecentra onderworpen aan een belasting op tewerkgesteld personeel (een jaarlijks bedrag van € 10.000 per voltijd werknemer, met een maximum van € 100.000), vergelijk bijvoorbeeld ook het Verslag, Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers, 1778/004, 2004-2005, blz. 14 en 19.

nootschappen ook meer vatbaar voor economische tegenwind.²⁴⁶ Het stimuleren van kapitaalintensieve ondernemingen die van nature een hogere solvabiliteit hebben en daarmee beter zijn opgewassen tegen economische tegenslag, is een van de argumenten van de Belgische wetgever voor de invoering van een stelsel van een fictieve aftrek over risicokapitaal (aftrek primair rendement).²⁴⁷ Ten slotte wijs ik er nogmaals op, dat een verschil in behandeling tussen eigen vermogen vreemd vermogen een excess burden met zich brengt. Tegenover dit welvaartsverlies staat geen belastingopbrengst. Indien het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen wordt weggenomen, stijgt de welvaart bij een gelijkblijvende belastingopbrengst. Het goedmaken van dit welvaartsverlies 'kost' niets en leidt samen met het behouden van de budgettaire opbrengst van het CFM-regime tot een lager budgettair beslag dan € 3,7 mrd. Het meenemen van een inverteffect leidt mogelijk tot nog lagere kosten. Het afwijzen van een stelsel van aftrek van primair rendement louter op grond van het budgettaire argument acht ik dan ook onjuist.

Overigens zijn de kosten van een dergelijk stelsel voor de wetgever an sich geen reden om het stelsel te verwerpen. Gegeven de kostenpost van € 3,7 mrd geeft hij namelijk de voorkeur aan een tariefverlaging, omdat dit Nederland op het oog aantrekkelijk zou maken voor investeerders.²⁴⁸ De Mooij vraagt zich af, of investeerders zich laten leiden door lage wettelijke tarieven.²⁴⁹ Hij beantwoordt deze – mijns inziens terecht – ontkennend en baseert zich hierbij op een economische meta-analyse.²⁵⁰ Uit dit onderzoek blijkt dat studies die uitgaan van het wettelijke tarief om de invloed op buitenlandse investeringen te meten normaliter geen significante resultaten laten zien, dit in tegenstelling tot onderzoeken waarin de effectieve belastingdruk wordt onderzocht.²⁵¹ Het psychologische effect van een laag tarief lijkt derhalve te verwaarlozen.²⁵²

246. In gelieerde verhoudingen valt dit probleem overigens veelal wel mee indien de moeder/crediteur zelf wel 'gezond' is gefinancierd en belang heeft bij het voortbestaan van de dochter/debiteur.

247. MvT, Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers, 1778/001, 2004-2005, blz. 6.

248. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 3-4.

249. De Mooij, R.A.; Gedwongen ondoelmatigheid in de vennootschapsbelasting, ESB, 2005, nr. 4462, blz. 254-255.

250. De Mooij, R.A. & Ederveen, S.; Taxation and foreign direct investment: a synthesis of empirical research, *International tax and public finance*, 2003/10, blz. 673-693.

251. De Mooij, R.A.; Gedwongen ondoelmatigheid in de vennootschapsbelasting, ESB, 2005, nr. 4462, blz. 254-255.

252. De Mooij wijst op de stelling van de staatssecretaris dat met de herziening zoals beschreven in de Nota Werken aan winst geen verbetering van het vestigingsklimaat wordt bereikt voor internationale investeerders. Dit zou slechts anders zijn indien de belastingverlaging voor de buitenlandse investeerders wordt verlaagd ten laste van het midden- en kleinbedrijf, De Mooij, R.A.; Gedwongen ondoelmatigheid in de vennootschapsbelasting, ESB, 2005, nr. 4462, blz. 255. Getuige de Nota Werken aan winst is dit laatste nu evenwel niet beoogd.

8.7.2.2.2 *Test structuren waartegen renteaftrekbeperkingen zich richten**'Herkwalificatie' vreemd vermogen tot eigen vermogen*

In hoofdstuk 3 besteedde ik aandacht aan de aftrekbeperkingen die zijn opgenomen in BNB 1988/217. In hoofdstuk 4 onderzocht ik de in art. 10, lid 1, onderdeel d opgenomen renteaftrekbeperking. Met deze jurisprudentie en de wettelijke bepaling wordt onder meer voorkomen dat sterk risicodragend (eigen) vermogen fiscaalrechtelijk wordt gepresenteerd als vreemd vermogen. Zonder deze jurisprudentie en wettelijke bepaling zou het namelijk onder meer mogelijk zijn om 'renteaftrek' te claimen voor 'vermomde' dividenden. Voorts zou het mogelijk zijn om afwaarderdingen op dergelijke risicodragende geldverstrekkingen buiten de sfeer van de deelnemingsvrijstelling te houden. Verder werpen deze jurisprudentie en wetgeving een dam op tegen het inspelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen.²⁵³

Een stelsel van aftrek van primair rendement werkt neutraal uit op het gebied van de renteaftrek. Zowel over vreemd vermogen als over eigen vermogen mag een bepaald percentage in aftrek worden gebracht. Daarmee werkt een stelsel van primair rendement neutraal uit op dit punt. Voor volledige neutraliteit geldt wel als vereiste, dat het percentage primair rendement gelijk is aan het rentepercentage. Indien het rentepercentage hoger is dan het percentage primair rendement, dan is het vanuit het fiscale perspectief van de debiteur gezien aantrekkelijker om met meer vreemd vermogen te financieren, omdat daarmee de belastingdruk wordt verminderd.²⁵⁴ Nu door verschil tussen het rentepercentage en het percentage aftrek primair rendement verschillende uitkomsten (en dus verstoringen) ontstaan, verdient het vanuit economisch perspectief aanbeveling om deze percentages (vrijwel) gelijk te laten zijn. Alsdan worden verstoringen voorkomen.

Praktisch gezien acht ik het raadzaam het percentage primair rendement vooraf vast te stellen op een bepaald percentage. Vergelijk in dit verband België, waar aansluiting is gezocht bij het rentepercentage op staatsobligaties. Rentepercentages dienen daarentegen per lening at arm's length te worden vastgesteld, waardoor de percentages normaliter zullen divergeren. Om verstoringen te mitigeren kan eventueel worden overwogen om in groepsrelaties de aftrekbare rente te maximaliseren op het

253. Ook met BNB 1998/208 en art. 10, lid 1, onderdeel d blijft het voor belastingplichtigen mogelijk in te spelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen, vergelijk BNB 2006/82 alwaar een vordering waarvan de corresponderende rentelast in Frankrijk aftrekbaar is op het niveau van de debiteur, bij de crediteur onder de deelnemingsvrijstelling valt.

254. Hierbij moeten de situatie dat de rentebaten binnen het concern blijven en de situatie dat de rentebaten neerslaan bij een onafhankelijke derde goed worden onderscheiden. In het tweede geval verlaten de gelden het concern. Deze situatie acht ik niet vergelijkbaar een financiering met eigen vermogen, omdat dan de gelden binnen het concern blijven.

percentage primair rendement.²⁵⁵ Hierbij kan er bijvoorbeeld voor worden gekozen om aan te sluiten bij het rentepercentage op langlopende staatsobligaties (zie hiervoor en vergelijk ook paragraaf 8.6.3). Een andere benadering is om te kiezen voor een wettelijk bepaald percentage. Een bekend percentage is 4%, vergelijk art. 3.28 (en art. 3.27/3.29) Wet IB 2001 (rekenrente pensioenvoorziening), art. 4.14 Wet IB 2001 (forfaitair voordeel uit buitenlandse beleggingslichamen), art. 7.7 Wet IB 2001 (forfaitair rendement box 3). Een belangrijk voordeel van het maximeren van aan verbonden lichamen verschuldigde rente, is dat er op dit punt op het niveau van de belastingplichtige neutraliteit bestaat tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. In eventuele nadere studie naar de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement dient deze variant ook te worden beschouwd. Daarbij moet ook aandacht worden besteed aan de nadelen, die zijn verbonden aan een systeem van de beperking van groepsrenteaftrek tot ten hoogste het percentage primair rendement. Hierbij valt te denken aan het stimuleren van externe financiering. Dit lokt voorts structuren uit, waarbij materieel interne leningen worden gepresenteerd als externe leningen, bijvoorbeeld door garantstellingen en back-to-backleningen. Een ander nadeel van het maximeren van (groeps)renteaftrek is dat economisch dubbele heffing kan ontstaan. In binnenlandse situaties is dit nog op te lossen door bijvoorbeeld slechts de rente te belasten die op het niveau van de debiteur in aftrek is gebracht, vergelijk het overgangsrecht bij art. 10a. Indien de crediteur daarentegen in het buitenland is gevestigd, zal hij in de regel worden belast voor de door hem ontvangen rente en wordt er geen rekening gehouden met de op het niveau van debiteur niet aftrekbare rente.²⁵⁶

Onder een stelsel van primair rendement blijven negatieve waardemutaties van leningen in beginsel aftrekbaar. Latere opwaarderingen zijn dan in beginsel belast. Negatieve en positieve waardemutaties van eigen vermogen zijn – onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling – niet aftrekbaar respectievelijk belastbaar. Dit betekent dat het vanuit fiscaal oogpunt in risicovolle situaties aantrekkelijk blijft om (aanvankelijk) te financieren met vreemd vermogen. Daarbij blijft de fiscaliteit voor een deel een versturende invloed hebben op de financieringskeuze. Deze invloed is groter geworden door het met ingang van 1 januari 2006 afschaffen van art. 13ca (de tijdelijke afwaarderingsfaciliteit).

255. Vergelijk Heithuis, E.J.W.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026. Ik ga hier niet in op de vraag, vanaf welke mate van gelieerdheid deze benadering zou moeten worden gekozen. Ik acht deze keuze voornamelijk een politieke (budgettaire). Het is bijvoorbeeld denkbaar om aan te sluiten bij het verbondenheidscriterium van art. 10a, lid 4.

256. Door de renteaftrekbeperking op deze wijze in te kleden, in combinatie met de lagere heffing op het niveau van de crediteur, leidt deze maatregel vooral in situaties waarin een buitenlandse crediteur is betrokken tot (economisch) dubbele heffing. Het is mijns inziens daarom zeer de vraag of een dergelijke benadering wel in overeenstemming is met EU-recht, vergelijk mijn opmerkingen ten aanzien van het overgangsrecht bij art. 10a in paragraaf 6.4.1.

Deze discrepantie is overigens desgewenst oplosbaar.²⁵⁷ Denkbaar is om in concern-verhoudingen²⁵⁸ geen afwaarderingen op leningen toe te staan. Dit heeft als bijkomend voordeel dat antimisbruikwetgeving, gericht tegen structuren waarin ten laste van de in Nederland belastbare winst afgewaardeerde vorderingen onder de deelnemingsvrijstelling als kapitaal onbelast in waarde kunnen vermeederen, (voor een belangrijk deel) kunnen worden geschrapt.²⁵⁹ Dit brengt een aanzienlijk eenvoudiger Wet Vpb 1969 met zich. Een nadeel van deze benadering is wel, dat het relatief goedkoper wordt om van een onafhankelijke derde te lenen dan van een in Nederland gevestigde concernvennootschap. Doordat afwaarderingen van vorderingen op een gelieerde partij niet in aftrek op de fiscale winst worden toegelaten, daalt voor de crediteur namelijk het te verwachten rendement. In dit verband zij wel opgemerkt dat mogelijk flankerende wetgeving nodig is, om te voorkomen dat het risico van een afwaardering via een onafhankelijke derde alsnog neerslaat op groepsniveau.²⁶⁰

De conclusie van het voorstaande is dat in een stelsel van aftrek van primair rendement geen wetgeving of jurisprudentie nodig is ten aanzien van de kwalificatie van een vermogensverstrekking. Althans dergelijke wetgeving/jurisprudentie is in beginsel niet noodzakelijk vanuit het oogpunt van de fiscale behandeling van de vergoeding van eigen vermogen en vreemd vermogen op het niveau van de debiteur. Dit geldt in het bijzonder als zowel het primair rendement als het rentepercentage zijn gemaximeerd op een bepaald percentage. Voor overige bepalingen waarin de hoedanigheid van een geldverstrekking relevant is, dient deze afweging overigens separaat te worden gemaakt.²⁶¹

Antiwinstdrainagewetgeving

ALGEMEEN

De antiwinstdrainagebepalingen heb ik uitgebreid onderzocht in hoofdstuk 6. Deze bepalingen beogen structuren tegen te gaan die zijn gericht op het creëren van renteaftrek ten gunste van onbelaste crediteuren, crediteuren in verliesposities, crediteuren in laagbelaste jurisdicties etc. De vraag rijst of dergelijke bepalingen nog dienen voort te bestaan na de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement. Dit valt op voorhand niet eenduidig te beantwoorden en verdient nadere studie. Ik verwijs hier naar de verschillende uitgewerkte casus in bijlage C.

257. Aan dit verschil in behandeling wordt in dit onderzoek geen nadere aandacht besteed. Dit verschil in behandeling bestaat thans overigens ook al.

258. Vergelijk mijn opmerking hiervoor over het verbondenheidcriterium.

259. Daarbij acht ik het ook noodzakelijk dat in gelieerde verhoudingen kwijtscheldingswinst in het geheel niet wordt belast. Zou dit namelijk wel worden belast, dan treedt dubbele heffing op.

260. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de in hoofdstuk 6 behandelde voorbeelden van 'direct of indirect'.

261. In dit onderzoek ga ik niet nader in op dit vraagstuk. Ik beperk mij tot de fiscale behandeling van de vergoeding voor een geldverstrekking.

INTERNE VERHANGING

Met de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement is aan de aftrek-kant het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen verdwenen. Aan de opbrengstkant bestaan nog wel belangrijke verschillen. Zo wordt een in een tax haven gevestigde vennootschap niet of nauwelijks belast voor de door hem ontvangen rentebaten. Uit casus A en B in bijlage C, blijkt dat een interne verhangning tegen boekwaarden geen fiscale voordelen oplevert indien de verkopende partij tevens de crediteur is. Hierbij is het irrelevant of de verkoper/crediteur al dan niet is gevestigd in een tax haven. In een binnenlandse situatie wordt namelijk het voordeel van een hogere aftrek van primair rendement voor M bv (door een lagere inperking van haar eigen vermogen met het eigen vermogen van deelnemingen) tenietgedaan door een heffing over de rentebaten. Voor de kopende partij wordt het voordeel van de renteaftrek tenietgedaan door een lager aftrek van primair rendement. Er vindt slechts een ruil plaats op het niveau van de koper tussen renteaftrek en aftrek van primair rendement.

Dit is niet anders indien er niet wordt verkocht tegen de intrinsieke waarde, maar er eveneens goodwill in aanmerking wordt genomen (zie casus A en B in bijlage C).²⁶² Op het niveau van de verkoper/crediteur werkt een en ander nog steeds evenwichtig uit. De hogere aftrek van primair rendement wordt tenietgedaan door de hogere renteontvangst. Ook op het niveau van de verkochte vennootschap blijft alles bij het oude. Ten slotte daalt op het niveau van de kopende partij de aftrek van primair rendement even sterk als dat de rentelasten stijgen. Daarmee blijft er ook op dit niveau evenwicht bestaan, ongeacht de vestigingsplaats van de verkoper/crediteur.

Indien de crediteur niet tevens de verkoper is, maar de crediteur is een verbonden lichaam dat is gevestigd in een tax haven, wordt een fiscaal voordeel behaald bij een verkoop tegen intrinsieke waarde, vergelijk casus C. Indien er wordt verkocht tegen intrinsieke waarde plus een goodwill is het voordeel nog groter, zie eveneens casus C. Dit wordt veroorzaakt doordat tegenover de renteaftrek op het niveau van D1 bv

262. 'In paragraaf 8.6.3 gaf ik aan dat ik – vanuit budgettaire en praktische overwegingen – geen aftrek voorsta van een primair rendement over stille reserves. Door middel van interne verhangingen zouden (in ieder geval in binnenlandse verhoudingen) stille reserves onder de deelnemingsvrijstelling belastingvrij kunnen worden gerealiseerd, wat resulteert in een hogere aftrek van primair rendement op het niveau van de koper. Deze zou een aftrek verkrijgen over het opgeofferde bedrag minus de intrinsieke waarde van de deelneming, met andere woorden een aftrek over de goodwill. Ik acht dit in situaties van misbruik niet wenselijk en meen dat alsdan op het niveau van de koper een correctie moet worden gemaakt ter grootte van het opgeofferde bedrag (inclusief goodwill). Op deze manier wordt misbruik voorkomen, vergelijk de casus A, B en C in bijlage C waar ik een correctie heb gepleegd voor het volledige opgeofferde bedrag, teneinde misbruik tegen te gaan.

Evident is bij deze flankerende wetgeving de verdeling van de bewijslast van belang. Ik sta de benadering voor dat interne en externe acquisities gelijk worden behandeld (dus alleen een correctie voor de intrinsieke waarde van de deelneming op het niveau van de moeder), tenzij de inspecteur aannemelijk maakt dat sprake is van misbruik. Een nadere behandeling van dit formeelrechtelijke punt valt buiten het bestek van dit onderzoek. Verder ga ik niet in op de vraag wat exact moet worden verstaan onder 'misbruik'.

geen heffing over rentebaten staat. Deze slaan namelijk neer op een tax haven. Daarmee lijken winsteroderende structuren nog steeds mogelijk. Het is evenwel de vraag of daadwerkelijk sprake is van een erosie. De gelden die verband houden met de interne verhangings bevinden zich namelijk op binnenlands niveau. Indien deze gelden rentedragend worden weggezet, ontstaat er weer evenwicht, vergelijk casus C.

Indien de structuur slechts is gericht op het creëren van renteaftrek en de voor de interne verhangings gebruikte gelden weer moeten worden gerepatriëerd naar de tax haven (en dus niet renderen bij M bv), wordt het evenwicht eveneens hersteld. Er staan dan namelijk twee hoofdbenaderingen open. Allereerst is het mogelijk om de in Nederland gevestigde verkopende partij een lening te laten verstrekken aan de vennootschap in de tax haven. Een dergelijke lening zou evenwel een zakelijke rente moeten kennen. Alsdan worden op Nederlands niveau de rentelasten afgezet tegen de rentebaten. Een alternatief is om in plaats van een geldlening eigen vermogen vanuit Nederland over te hevelen naar de tax haven. Hierbij valt te denken aan een terugbetaling van kapitaal en een dividenduitkering. In beide gevallen neemt het eigen vermogen van de Nederlandse verkoper af. Per saldo leidt dit tot een evenwichtige uitkomst in Nederland.

SCHULDIG BLIJVEN DIVIDENDUITKERING

Voor het schuldig blijven van een dividenduitkering geldt mutatis mutandis hetzelfde als hiervoor is opgemerkt ten aanzien van een interne verhangings. Per saldo wordt geen voordeel behaald ten opzichte van de initiële situatie, vergelijk casus D. Voor de schuldig gebleven kapitaalstorting geldt hetzelfde, zie casus E.

FINANCIERING EIGEN OVERNAME

Art. 15ad werpt een dam op tegen (onder meer) de fiscale facilitering van de financiering van de 'eigen overname'. Zonder deze bepaling is het (fiscaal gezien) mogelijk om een overnameholding op te richten, deze te financieren met vreemd vermogen en hiermee een werkmaatschappij over te nemen van onafhankelijke derden. Door vervolgens een fiscale eenheid te vormen tussen de overnameholding en de overgenomen werkmaatschappij, zouden deze rentelasten kunnen worden afgezet tegen de winsten van de overgenomen werkmaatschappij.

Zonder flankerende wetgeving is een vergelijkbare structuur ook mogelijk in een stelsel van aftrek van primair rendement. Dit is overigens niet alleen het geval indien een overnameholding wordt uitgerust met vreemd vermogen. Ook bij financiering met eigen vermogen bestaat de mogelijkheid tot het 'financieren van de eigen overname'. Dit roept de vraag op, of het zaak is art. 15ad of een daarmee vergelijkbare bepaling te handhaven in een stelsel van aftrek van primair rendement. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. Uitgaande van een situatie van financiering met eigen vermogen is het in beginsel irrelevant of er een overnameholding wordt gebruikt. Voorts is het irrelevant of er wordt gefinancierd met eigen vermogen dan wel met vreemd vermogen, vergelijk casus F.

CONCLUSIE SAMENLOOP WINSTDRAINAGE EN AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

Vanwege het feit dat – op het gebied van de vergoeding – eigen vermogen een gelijke behandeling ten deel valt als vreemd vermogen, leiden structuren die worden bestreden door art. 10a en art. 15ad niet tot voordeel in een stelsel van aftrek van primair rendement. Ik ben daarom van mening dat deze bepalingen kunnen worden afgeschaft bij de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement, uitgaande van gelijkheid tussen het percentage forfaitair rendement en het rentepercentage.

Thin capitalisation

Art. 10d beperkt renteaftrek indien en voor zover er sprake is van een financiering met teveel vreemd vermogen. Deze bepaling komt voort uit het onderscheid in fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. In een stelsel van aftrek van primair rendement wordt er – uitgaande van een percentage primair rendement dat gelijk is aan het rentepercentage – op het punt van de vergoeding geen onderscheid gemaakt tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. Met de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement vervalt derhalve de noodzaak van een bepaling ex art. 10d, of sterker geformuleerd: een stelsel van primair rendement en thincapitalisationwetgeving kunnen logischerwijs niet samengaan. Door ook een aftrek over eigen vermogen toe te staan, is het fiscaal gezien immers niet aantrekkelijker om met vreemd vermogen te financieren in plaats van met eigen vermogen.

8.7.2.3 *Primaire toets: efficiëntie*

Het vraagstuk van de efficiëntie houdt in dat de gestelde doelstellingen met zo min mogelijk uitvoeringskosten dienen te worden verwezenlijkt. In dit verband zet ik de uitvoeringskosten van het huidige stelsel af tegen een stelsel van aftrek van primair rendement. Een cijfermatige afweging kan ik helaas niet maken. Daartoe ontbreekt mij (toegang tot) het cijfermateriaal.

Het lijkt echter zeer aannemelijk dat de uitvoeringskosten van een stelsel van aftrek van primair rendement aanmerkelijk lager zijn, dan die van het huidige stelsel. Het huidige stelsel kent immers een lappendeken aan aftrekbepkeringen. Uit eigen ervaring is mij bekend dat deze lappendeken zowel voor de fiscus als voor belastingplichtigen veel werk (en dus kosten) met zich brengt. In een stelsel van aftrek van primair rendement kunnen alle huidige renteaftrekbepkeringen worden geschrapt.²⁶³ In de vorige paragraaf heb ik aangetoond, dat met de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement allerlei detaillistische antimisbruikwetgeving kan worden afgeschaft. Oneigenlijke structuren brengen namelijk geen fiscaal voordeel meer met zich, vanwege de gelijke behandeling van vergoeding van eigen vermogen en vreemd vermogen. Met het schrappen van deze antimisbruikwetgeving wordt de wet aanmerkelijk leesbaarder voor eenieder, beter uitvoerbaar voor belastingplichtigen en beter handhaafbaar voor de fiscus. Wel dient een stelsel van aftrek van primair rendement zo te worden vormgegeven, dat oneigenlijk gebruik

263. Een uitzondering is denkbaar voor art. 8c, gelet op het bijzondere karakter van deze bepaling.

niet of nauwelijks mogelijk is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan flankerende maatregelen op het gebied van het 'oppompen' van het eigen vermogen rond de peildata. Deze problematiek is op dit punt sterk vergelijkbaar met art. 10d.²⁶⁴

8.7.3 Fiscaalrechtelijke toetsing: secundair²⁶⁵

8.7.3.1 *Secundaire toets: EU-recht en internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting*

Mijns inziens levert een stelsel van aftrek van primair rendement ten principale geen strijd op met het EU-recht. Van belang is wel dat bij de invulling van de bepaling aandacht wordt besteed aan een correcte redactie. In paragraaf 8.5.3 wierp ik de vraag op, of het uitsluiten van de grondslag voor de berekening van het primaire rendement van buitenlandse vaste inrichtingen in overeenstemming is met EU-recht. Dezelfde vraag laat zich stellen voor in het buitenland gehouden onroerende zaken. Dergelijke vermogensbestanddelen worden namelijk in de regel vrijgesteld op Nederlands niveau, waardoor hiervoor logischerwijs geen aftrek van primair rendement wordt verkregen.

Op het eerste gezicht lijken deze vragen wellicht ontkennend te moeten worden beantwoord. Door deze benadering wordt het in het buitenland ontplooien van activiteiten namelijk ongunstiger behandeld, dan het ontplooien van dezelfde activiteiten in het binnenland. Ondanks het feit dat binnenlandse en buitenlandse situaties niet gelijk worden behandeld, ben ik evenwel van mening dat het uitsluiten van (buitenlandse) vaste inrichtingen en buitenlandse onroerende zaken uit de grondslag voor de berekening van de aftrek van primair rendement niet strijdig moet worden geacht met EU-recht. Het betreft hier namelijk het verdelen van heffingsbevoegdheden. Dit wordt als zodanig geaccepteerd door het HvJ EG.

Ter illustratie wijs ik op r.o. 52 van HvJ EG 5 juli 2005, V-N 2005/35.12 (D.):

'Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, staat het de lidstaten vrij om in het kader van deze verdragen de aanknopingsfactoren ter verdeling van de heffingsbevoegdheid vast te stellen (zie arrest van 21 september 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-6161, punt 57). Het Hof heeft eveneens erkend dat een verschillende behandeling van onderdanen van de twee verdragsluitende staten als gevolg van deze verdeling, niet een met artikel 39 EG strijdige discriminatie kan opleveren (zie arrest Gilly, reeds aangehaald, punt 30)'.

Vergelijk in dit verband ook art. 293 EG-Verdrag, waarin is bepaald dat de lidstaten voor zover nodig met elkaar in onderhandeling treden ter verzekering voor hun onderdanen van (onder andere) de afschaffing van dubbele belasting binnen de EU. Van dubbele heffing is in

264. In België worden dergelijke structuren geneutraliseerd door bij wijzigingen in het eigen vermogen gedurende het jaar, uit te gaan van een gewogen gemiddelde, vergelijk art. 205ter, paragraaf 6, Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

265. Voor mijn opmerkingen ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling in combinatie met een stelsel van aftrek van primair rendement verwijs ik naar paragraaf 8.5.3.

onderhavige casus geen sprake, nu de heffing over de buitenlandse vaste inrichting wordt toegewezen aan het buitenland.

Voor strijdigheid met EU-recht, is voorts – onder meer – vereist dat een belastingplichtige met een buitenlands filiaal slechter wordt behandeld dan een belastingplichtige met een binnenlands filiaal. Wanneer deze filiaalgedachte wordt doorgetrokken in binnenlands verband, dan is de binnenlands belastingplichtige niets anders dan een filiaal of een verzameling van filialen. Met andere woorden, de belastingplichtige heeft geen ‘eigen’ vermogen. Van een filiaalbenadering kan derhalve per definitie geen sprake zijn. Bovendien heeft het HvJ EG nimmer voor zo’n filiaalbenadering gekozen in een binnenlandse verhouding. De binnenlandse filiaalbenadering acht ik dan ook onjuist; een binnenlands filiaal bestaat per definitie niet. Een (niet-bestaand) binnenlands filiaal kan dus niet worden vergeleken met de situatie van een buitenlands filiaal. Daarom zie ik op dit punt geen strijdigheid met EU-recht. Verschillende situaties mogen immers verschillend worden behandeld.

Dat verschillende gevallen fiscaal verschillend mogen worden behandeld volgt ook uit HvJ EG 12 juli 2005, (Schempp), BNB 2005/342 r.o. 34.

‘Volgens vaste rechtspraak heeft artikel 12 EG echter geen betrekking op eventuele verschillen in behandeling welke voor de aan de rechtsmacht van de Gemeenschap onderworpen personen en ondernemingen kunnen voortvloeien uit verschillen tussen de wettelijke regelingen van de verschillende lidstaten, mits deze regelingen op grond van objectieve criteria en ongeacht de nationaliteit van de betrokkenen kunnen worden geacht te gelden voor al degenen op wie de voorschriften ervan van toepassing zijn (zie in die zin arrest van 9 september 2003, Milk Marque en National Farmers’ Union, C-137/00, Jurispr. blz. I-7975, punt 124, en de aldaar aangehaalde rechtspraak)’.

Ten slotte wijs ik op punt 49 van de conclusie van A-G Poiares Maduro van 7 april 2005, (Marks & Spencer).²⁶⁶

‘However, the provisions on freedom of establishment do not preclude different tax treatment from being accorded to legal or natural persons in different legal situations. It is not the purpose of those provisions to impose uniformity in the regimes applicable to the different types of establishment. They merely seek to ensure tax neutrality in the exercise of the right to freedom of establishment within the Community. Any other solution would have the effect of calling in question the more stringent tax regimes among the Member States even though no transnational situation was specifically contemplated. That cannot be the purpose of the Treaty rules on freedom of movement’.

Uit deze overwegingen blijkt duidelijk, dat in verschillende situaties verschil in fiscale behandeling is toegestaan. Voorts blijkt dat lidstaten vrij zijn om heffingsbevoegdheden te verdelen. Dit leidt ertoe dat het elimineren van het saldo van activa en passiva van een vaste inrichting uit de grondslag voor de berekening van de aftrek van primair rendement niet strijdig moet worden geacht met EU-recht.

266. Zie www.curia.eu.int.

Op het punt van de toepassing van belastingverdragen ben ik van oordeel dat zich evenmin problemen voordoen, zeker niet indien ook de bronbelasting op dividend wordt afgeschaft, zie hierna. Er bestaat dan vanuit Nederlands perspectief geen noemenswaardig verschil tussen het dividendartikel (art. 10 OESO-Modelverdrag) en het interestartikel (art. 11 OESO-Modelverdrag).

8.7.3.2 *Secundaire toets: dividendbelasting*

De invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement in combinatie met het afschaffen van de huidige renteaftrekbeperkende maatregelen heeft voor de dividendbelasting in beginsel geen gevolgen. Wel acht ik het noodzakelijk dat art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 wordt aangepast of geschrapt. Met het door mij voorgestelde vervallen van de hybride leningwetgeving (art. 10, lid 1, onderdeel d), is de verwijzing in de dividendbelasting naar de hybride leningwetgeving in de vennootschapsbelasting niet langer effectief. Desgewenst kan de wetgever ervoor kiezen om art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 zo in te kleden, dat ook (winstdelende) leningen hieronder vallen. Opgemerkt zij wel, dat hierbij in beginsel geen onderscheid mag worden gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse verhoudingen. Voorts wijs ik er op, dat ook art. 13, lid 3, onderdeel b juncto art. 4 Wet DB 1965 wordt aangepast in de zin dat de verwijzingen naar hybride leningen verdwijnt. Dit betekent dat separaat moet worden bepaald, of de deelnemingsvrijstelling en de vrijstelling van inhouding dividendbelasting van toepassing zijn op dergelijke leningen.

Thans is er een aantal ontwikkelingen waarneembaar, waarin bronheffingen steeds verder worden teruggedrongen. Ik wijs op:

1. De invoering van de I&R-richtlijn en de versoepeling van de eisen voor toepassing van M-D-richtlijn;
2. Het Fokus Bankarrest en diverse andere arresten;²⁶⁷
3. De trend in verdragen om bronbelasting te verlagen;
4. De uitlatingen van de wetgever ten aanzien van de (houdbaarheid van) de dividendbelasting; en
5. De mededeling van de Europese Commissie, 19 december 2003, V-N 2004/29.7.

AD 1: RICHTLIJNEN

De M-D-richtlijn en de I&R-richtlijn zien beide – kort samengevat – op de afschaffing van bronbelasting in Europese gelieerde verhoudingen. De M-D-richtlijn ziet op (bron)belastingen op grensoverschrijdende dividendbetalingen door een dochtermaatschappij aan een moedermaatschappij.²⁶⁸ Op 22 december 2003 heeft de Raad van de Europese Unie een richtlijn vastgesteld tot wijziging van de M-D-richtlijn. Naast de uitbreiding van de lijst met kwalificerende vennootschappen, voorziet de

267. Hof van Justitie EVA, 23 november 2004 (Fokus Banks ASA), V-N 2004/64.19.

268. De M-D-richtlijn en de I&R-richtlijn zijn niet alleen gericht tegen formele bronbelastingen maar tegen belasting in welke vorm of hoedanigheid dan ook, die door het bronland wordt geheven over de uitkering van dividend dan wel de betaling van rente, vergelijk in dit verband HvJ 4 oktober 2001, (Athinaïki Zythopiia AE v. Elliniko Domosio), in het bijzonder r.o. 33.

wijziging (onder meer) in een staffelsgewijze verlaging van het bezitspercentage van 25% (tot en met 2004) naar 10% met ingang van 1 januari 2009.²⁶⁹ Ook de I&R-richtlijn is – kort samengevat – gericht op het tegengaan van bronheffingen.²⁷⁰ In beginsel zijn alle rentebetalingen tussen moeders en dochters alsmede tussen zusters vrijgesteld van (bron)belasting.²⁷¹ De conclusie is dat bronheffingen in EU-verband worden gemitigeerd.

AD 2: FOKUS BANK

In het Fokus Bankarrest oordeelde het EVA-Hof, dat het strijdig is met de vrijheid van kapitaalverkeer dat op uitgekeerde dividenden aan buitenlandse aandeelhouders 15% dividendbelasting dient te worden ingehouden en dat op uitgekeerde dividenden aan binnenlandse aandeelhouders – op grond van de uitvoeringspraktijk – geen dividendbelasting behoeft te worden ingehouden.²⁷² Dit arrest van het EVA-Hof roept de vraag op, of deze benadering voor het EU-recht dient te worden gevolgd voor de Nederlandse dividendbelasting. Ik wijs hierbij bijvoorbeeld op art. 4 en art. 4a Wet DB 1965. Indien een buitenlandse aandeelhouder een aandelenbezit houdt – waarop de inhoudingsvrijstelling art. 4 van toepassing zou zijn indien hij in Nederland was gevestigd – kwalificeert dit bezit niet per definitie voor de inhoudingsvrijstelling van art. 4a.²⁷³ De eisen die worden gesteld aan een buitenlandse aandeelhouder in art. 4a zijn namelijk strenger dan de eisen die in art. 4 worden gesteld aan een Nederlandse aandeelhouder. Daarmee is een (vennootschap met een) buiten-

269. Richtlijn van 22 december 2003, V-N 2004/10.13. Voor een nadere toelichting van deze wijziging verwijs ik naar de aantekening van de redactie Vakstudie Nieuws bij V-N 2004/10.13.

270. Zie Richtlijn van 3 maart 2003, nr. 5926/03, met name overweging 4. Hierin wordt opgemerkt dat de afschaffing van de belastingen op uitkeringen van interest en royalty's in de lidstaat waar zij zijn ontstaan, ongeacht of deze door inhouding aan de bron of door aanslag worden geïnd, het geschiktste middel is om de problemen die de belastingheffing over deze bronnen met zich brengt uit te bannen en een gelijke fiscale behandeling van nationale en transnationale transacties te waarborgen. Voorts wordt opgemerkt dat deze belasting met name moet worden afgeschaft voor uitkeringen tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten en tussen vaste inrichtingen van deze ondernemingen.

271. Dit is overigens niet het geval voor hybride leningen tussen zusters, vergelijk paragraaf 5.3.2.

272. Op de relatie tussen het Hof van Justitie EVA, het Verdrag inzake de Europese Economische Ruimte (EER) ga ik hier niet in. Hiervoor verwijs ik naar de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws bij V-N 2004/64.19. Overigens wijs ik in dit verband tevens op het basisarrest HvJ EG 6 juni 2000, BNB 2000/329 (Verkooijen), alwaar het HvJ EG oordeelde dat de beperking van de dividendvrijstelling tot Nederlandse dividenden strijdig moet worden geacht met EU-recht. Vergelijk in dit verband tevens HvJ EG 15 juli 2004, BNB 2004/400 (Lenz) en HvJ EG 7 september 2004, BNB 2004/401 (Manninen).

273. Ook op het gebied van de inkomstenbelasting bestaat er mogelijk discriminatie op dit punt. Dit punt valt buiten het bestek van mijn onderzoek.

landse aandeelhouder slechter af dan een (vennootschap met een) binnenlandse aandeelhouder. Deze kwestie ligt thans bij het HvJ EG.²⁷⁴

AD 3: VERLAGING BRONHEFFING

Naast de verlagingen in EU-verband probeert Nederland bij verdragsonderhandelingen lage bronheffingpercentages uit te onderhandelen. Ook bij heronderhandelingen wordt getracht te komen tot lagere bronheffingpercentages. Ter illustratie wijs ik op art. 10 van het wijzigingsprotocol van het verdrag met de Verenigde Staten.²⁷⁵ Ingevolge deze bepaling is sinds 1 februari 2005 – onder voorwaarden – de bronbelasting van deelnemingsdividenden verlaagd van 5% naar 0%.²⁷⁶

AD 4: UITLATINGEN WETGEVER

Bij de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2006 en het Vpb-pakket 2006 kwam ook de dividendbelasting aan de orde, mede naar aanleiding van de onder ad 2 aangehaalde jurisprudentie.²⁷⁷ Tijdens deze parlementaire behandeling is de wetgever ingegaan op de dividendbelasting op langere termijn. Hierbij onderscheidt hij drie elementen:

- het vestigingsklimaat;
- de budgettaire kant; en
- de uitvoeringslasten (voor de Belastingdienst).

Ten aanzien van de uitvoeringslasten geeft de wetgever aan dat deze voor de overheid omvangrijk zijn. In het verlengende hiervan onderkent hij ook dat de administratieve procedures voor teruggaaf, met name voor het buitenlandse bedrijfsleven, een nadelige invloed hebben op het vestigings- en investeringsklimaat. Vanwege het budgettaire belang van circa € 1,1 mrd. (een bedrag dat vooral wordt opgebracht

274. Hof Amsterdam heeft dienaangaande namelijk prejudiciële vragen gesteld, Hof Amsterdam 21 september 2005, V-N 2005/54.17 thans opgenomen bij het HvJ EG als zaak C-379/05 (Amurta). In casu betreft het een Nederlandse vennootschap D bv die dividend uitkeert aan een Portugese vennootschap Amurta die 14% van de aandelen houdt. Op het dividend aan Amurta is 25% dividendbelasting ingehouden. Tegelijkertijd keert D bv ook dividend uit aan het in Nederland gevestigde E bv met een belang van 66%. Op deze dividenduitkering is ingevolge art. 4 Wet DB 1965 geen dividendbelasting ingehouden. Hof 's-Hertogenbosch heeft in een min of meer vergelijkbare zaak al geoordeeld, dat inhouding van dividendbelasting op een dividend aan een in casu Luxemburgse minderheidsaandeelhouder (4%) strijdig moet worden geacht met EU-recht, zie Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2005, V-N 2005/51.20. In gelijke zin A-G Wattel in zijn conclusie van 10 mei 2006, V-N 2006/40.17. Op het eerste gezicht is het opvallend, dat Hof Amsterdam prejudiciële vragen stelt, terwijl Hof 's-Hertogenbosch in een sterk vergelijkbare casus concludeert tot strijdigheid met EU-recht zonder prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. Dit verschil valt mogelijk te verklaren doordat in de zaak voor Hof 's-Hertogenbosch de Nederlandse dividendbelasting bleef drukken, terwijl dit (vanwege de teruggaaf in het land van vestiging van de aandeelhouder) niet het geval is in de zaak voor Hof Amsterdam, vergelijk de redactie van Vakstudie Nieuws bij V-N 2005/54.17.

275. Dit protocol is in Nederland goedgekeurd bij Wet van 30 juni 2004 (Stb. 367). De Nederlandse tekst van het Protocol is opgenomen in *Tractatenblad* 2004, 166.

276. Zie ten aanzien van de inwerkingtreding het besluit van 20 januari 2005, V-N 2005/8.6.

277. Kamerstukken 30 306 en 30 307, 2005-2006.

door buitenlandse aandeelhouders) acht de wetgever de afschaffing van de dividendbelasting op dit moment een brug te ver.²⁷⁸ De opmerking ten principale van de wetgever dat hij 'op den duur geen toekomst zie(t, JvS) voor de dividendbelasting' acht ik in dit verband veel belangrijker.

Dienaangaande merkt de wetgever nog het volgende op:

'Het lijkt dan ook logisch dat een beleidsrichting moet worden ingeslagen die is gericht op afbouw van de dividendbelasting (onderstreping JvS). Dat is natuurlijk wel een majeure operatie, die niet van de ene op de andere dag zal zijn te realiseren maar die een aantal jaren in beslag zal nemen. Dat zal dan een proces zijn dat zich zal moeten voltrekken in kleine stappen. Momenteel bekijk ik dan ook welke stappen het best als eerste kunnen worden gezet. (...) Ik zou ook een verlaging van het algemene tarief zeker niet op voorhand willen uitsluiten'. Verder geeft de wetgever desgevraagd aan, het zeker niet uit te sluiten dat voorstellen in die richting reeds in deze kabinetsperiode mogen worden verwacht.²⁷⁹

Uit de hiervoor aangehaalde uitspraken van de wetgever blijkt duidelijk, dat hij voor de toekomst uitdrukkelijk rekening houdt met de afschaffing van de dividendbelasting. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' is de eerste stap in ieder geval gezet, getuige de verlaging van het dividendbelastingtarief van 25% naar 15%.²⁸⁰

AD 5: MEDEDELING EUROPESE COMMISSIE

In de mededeling van 19 december 2004 is de Europese Commissie (hierna EC) ingegaan op de vraag hoe lidstaten hun belastingwetgeving – in overeenstemming met het EU-recht – dienen in te richten ten aanzien van dividenden die worden ontvangen door natuurlijke personen/niet-ondernemers. Uit de mededeling blijkt onder meer dat de EC uit jurisprudentie van het HvJ EG destilleert dat uit een andere EU-lidstaat ontvangen (inbound) dividenden niet zwaarder mogen worden belast dan ontvangen dividenden van lichamen die zijn gevestigd in het thuisland.²⁸¹ Voorts mag een EU-lidstaat uitgaande (outbound) dividenduitkeringen niet zwaarder belasten dan dividenduitkeringen aan inwoners. Van deze mededeling gaat een mitigerend effect uit, aangezien duidelijk blijkt dat buitenlandse situaties (in- en outbound) kort samengevat gelijk dienen te worden behandeld met puur binnenlandse situaties. Effectief leidt dit in voorkomende gevallen tot lagere belastingheffing voor buitenlandse situaties tot het niveau van binnenlandse situaties.

Gelet op het feit dat de vijf hiervoor behandelde punten wijzen op afschaffing van en/of inperking van de dividendbelasting, acht ik het – voor de naar verwachting nog korte tijd dat de dividendbelasting operationeel blijft – niet gewenst om nog wet-

278. Zie Handelingen, TK, Belastingplan 15 november 2005, 20030 306 en 30 307, 21-1373.

279. Zie Handelingen, TK, Belastingplan 15 november 2005, 20030 306 en 30 307, 21-1374.

280. Zie het wetsvoorstel 'Wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota "Werken aan winst" (Wet werken aan winst)' art. III, onderdeel B.

281. In dit verband wordt onder meer gewezen op het HvJ EG van 6 juni 2000, V-N 2000/28.11 (Verkoijen).

geving op te nemen in de dividendbelasting voor winstdelende leningen. Bovendien acht ik met de wetgever – mede ook gelet op de hiervoor behandelde ontwikkelingen – afschaffing van de dividendbelasting gewenst. Een goed moment voor afschaffing lijkt mij de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement, bijvoorbeeld met ingang van 1 januari 2007. Met de invoering van een dergelijk stelsel in combinatie met de afschaffing van de kapitaalsbelasting (2006) en afschaffing van de dividendbelasting, ontstaat dan vanuit fiscaal perspectief op de creditzijde van de balans van een vennootschap volledige financieringsneutraliteit.²⁸²

8.8 Bezwaren tegen stelsel aftrek primair rendement

8.8.1 *Verhouding inkomstenbelasting – vennootschapsbelasting*

In de nota Grapperhaus is aandacht besteed aan een stelsel van aftrek van primair rendement, en werden hiertegen verschillende bezwaren aangevoerd. Als kritiek wordt onder meer aangevoerd, dat een dergelijk stelsel niet rechtvaardig zou uitwerken. Dit systeem zou namelijk inbreuk maken op de leer van het globale evenwicht. Er bestaat in dit stelsel geen gelijkstelling tussen persoonlijke en onpersoonlijke ondernemingen. Dit moge zo zijn, maar mijns inziens wordt de oorzaak van dit probleem niet gevonden in de vennootschapsbelasting maar in de inkomstenbelasting. Thans is op het niveau van de dga door het lage tarief van 25% al rekening gehouden met het feit, dat de financieringskosten van eigen vermogen niet ten laste van winst kunnen worden gebracht. De gevolgen van het klassieke stelsel worden op deze wijze gemitigeerd. Door deze verzachting wordt getracht globaal evenwicht te bereiken tussen de dga en de IB-ondernemer.²⁸³ Indien op het niveau van de vennootschap een aftrek van primair rendement wordt verleend, zou – teneinde globaal evenwicht te bewaren – het box 2-tarief kunnen worden verhoogd. Bij een eventuele tariefverhoging dient wel te worden gerealiseerd, dat slechts het primair rendement in aftrek kan worden gebracht op het niveau van de vennootschap. De overwinst wordt nog 'gewoon' dubbel belast, vanwege het klassieke stelsel. Deze dubbele heffing kan worden gemitigeerd door op het niveau van de aandeelhouder de overwinst te belasten tegen een lager tarief.

8.8.2 *Enkele praktische bezwaren*

Een ander opgeworpen bezwaar is dat een redelijke beloning voor kapitaal kan verschillen per onderneming/vennootschap, omdat de risico-opslag voor iedere onder-

282. Hierbij dient een eventueel voorbehoud te worden gemaakt voor de fiscale afwaardering van vorderingen. Desgewenst kan ook dit onderwerp worden meegenomen in de wijzigingen van Vpb 2007. In dit onderzoek ga ik hierop evenwel niet nader in.

283. Ik laat hier overigens onbesproken in hoeverre de wetgever slaagt in zijn opzet. Zie voor kritiek op de leer van het globale evenwicht bijvoorbeeld Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

neming/vennootschap in principe anders is.²⁸⁴ Theoretisch is dit correct. Een volledig zuivere implementatie van een dergelijk stelsel zou evident leiden tot praktische bezwaren, vergelijk ook mijn opmerkingen in paragraaf 8.5.3. Litjens wijst er evenwel op, dat (zoals blijkt uit discussies aangaande de Vermogensaanwasdeling) deze redelijke/normale beloning wel valt te bepalen en dat er slechts een minimaal verschil tussen de risicovergoedingen van de verschillende ondernemingen optreedt.²⁸⁵ Wat hiervan ook zij, deze problematiek laat zich praktisch oplossen door voor alle vennootschappen aftrek tegen eenzelfde percentage te verlenen, bijvoorbeeld de rente op een (langlopende) staatsobligatie. Dit uitgangspunt is ook door België gekozen in zijn systeem van notionele interestaftrek.²⁸⁶ Een ander aandachtspunt is dat het financieren door middel van winstdelende leningen (niet zijnde deelnemerschapsleningen) aantrekkelijk blijft ten opzicht van het financieren met eigen vermogen. Materieel gezien, zit in zo'n winstdelende lening immers ook een deel overwinst die aftrekbaar wordt gesteld op het niveau van de inlenende vennootschap. Hierbij dient wel het arm's-lengthcriterium in acht te worden genomen. Onzakelijk hoge beloningen zijn derhalve niet mogelijk. Een oplossing voor deze problematiek is om ook groepsrente te beperken tot een bepaald maximumpercentage, ongeacht de feitelijk overeengekomen rente. Een dergelijke benadering kent evenwel ook weer bezwaren, zoals dubbele heffing.

Als praktisch bezwaar wordt verder aangevoerd, dat het eigen vermogen jaarlijks dient te worden bepaald en dat 'eigen vermogen' een lastig te hanteren begrip is.²⁸⁷ Jaarlijks dient inderdaad het eigen vermogen te worden vastgesteld, of beter gezegd het in de vennootschap aanwezige werkzame vermogen. Min of meer vergelijkbare vermogensopstellingen zijn ook thans al vereist, vergelijk in dit verband bijvoorbeeld art. 10d. Dit punt zou dan ook geen onoverkomelijk problemen hoeven op te leveren.²⁸⁸ Bovendien kunnen alle andere renteaftrekbepkeringen worden afgeschaft bij de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement. Uit eigen ervaring is mij bekend dat toepassing van deze lappendeken aanzienlijke praktische bezwaren ontmoet en navenante uitvoeringskosten met zich brengt. Mijns inziens leidt de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement onder afschaffing van de bestaande aftrekbepkeringen naar verwachting tot meer eenvoud en lagere uitvoeringskosten.

284. Cnossen, S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 22. Vergelijk ook Nota (Grapperhaus), TK, 1970-1971, 10 955 blz. 14.

285. Litjens, F.P.J.; *Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting*, WFR 1985/109. Litjens wijst ter illustratie op Meijers, H., *Bedrijfseconomische aspecten van de vermogensaanwasdeling*, Bedrijfseconomische monographiën nr. 60, Stenfert Kroese, Leiden, 1980 en Kamerstuk 15.007, nr. 8 inzake de VAD.

286. Vergelijk art. 205quater §1 e.v., Wetboek van inkomstenbelastingen 1992.

287. Vergelijk Nota (Grapperhaus), TK, 1970-1971, 10 955 blz. 14 en Cnossen, S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 22.

288. In gelijke zin Litjens die wijst op de vermogensaftrek (art 14a Wet IB 1964), Litjens, F.P.J.; *Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting*, WFR 1985/109.

Cnossen wijst er op dat een stelsel van aftrek van primair dividend moeilijkheden oplevert in internationaal verband.²⁸⁹ Vaak is het namelijk zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, om een adequate naheffing in de vorm van dividendbelasting in de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting vast te leggen. Voor een stelsel van aftrek van primair dividend is dat wellicht een valide argument, maar dit argument doet geen opgeld voor een stelsel van aftrek van primair rendement. Zoals ik hiervoor opmerkte, komt het verlenen van een aftrek op het niveau van de vennootschap in een stelsel van primair rendement voort uit een gelijke behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen op het niveau van de vennootschap. Over rentebetalingen heft Nederland geen bronbelasting. Voorts wordt er bij verdragsonderhandelingen aangestuurd op een laag bronheffingspercentage op rente. Nu dit uitgangspunt voor rentebetalingen geldt, dient dit uitgangspunt ook te worden gevolgd voor primair rendement. Hierin verschilt een stelsel van aftrek van primair rendement van een stelsel van aftrek van primair dividend. In dit laatste stelsel dient de aftrek op het niveau van de vennootschap ter voorkoming van dubbele heffing. Indien de (primaire) dividenden vervolgens niet worden belast, komt het verlenen van aftrek in strijd met de achtergrond van de bepaling.

8.8.3 *Primair rendement versus tariefverlaging*

Cnossen merkt op dat een stelsel van aftrek van primair dividend kan worden gezien als een (willekeurige) tariefverlaging, indien er aan deze aftrek geen uitdelingsverplichting wordt gekoppeld.²⁹⁰ Op zichzelf valt hier veel voor te zeggen. Feit blijft echter dat de achtergrond van primair rendement is niet gelegen in het wegnemen van dubbele heffing, maar in de gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen op het niveau van de vennootschap.²⁹¹ Theoretisch past een uitdelingsverplichting mijns inziens niet bij een aftrek van primair rendement. Desalniettemin draagt dit stelsel wel het risico met zich, dat per saldo eigen vermogen wordt bevoordeeld boven vreemd vermogen, omdat rente in de regel per periode moet worden betaald (wat kan leiden tot belastingheffing), terwijl dit niet geldt voor dividend.²⁹² Dit is mijns inziens een probleem dat verband houdt met de fiscale behandeling van de geldverstrekker, en dit zou strikt genomen ook moeten worden opgelost op dat niveau. Desgewenst kan echter een wettelijke uitdelingsverplichting worden opgenomen.²⁹³ Deze zou zo kunnen worden vormgegeven, dat slechts een aftrek van primair rendement wordt verleend voor zover er daadwerkelijk dividend wordt uitgekeerd. In vennootschappelijke verhoudingen waar de deelnemingsvrijstelling geldt, biedt de

289. Cnossen, S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland*; Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 22.

290. Cnossen, S.; in *Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland*; Grondslagen en stelsels van vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979, blz. 22.

291. In gelijke zin Litjens, F.P.J.; *Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting*, WFR 1985/109.

292. Voor beursvennootschappen is dit mogelijk anders, aangezien deze veelal een 'verplichting' hebben om dividend uit te keren, teneinde toegang te houden tot de kapitaalmarkt.

293. Overigens zijn ook oplossingen denkbaar op het niveau van de dividend- of renteontvanger, vergelijk box 3.

uitdelingsverplichting overigens geen soelaas. De vraag is evenwel in hoeverre er aan de andere kant daadwerkelijk een adequate heffing over rente plaatsvindt.

Hoewel aan een tariefverlaging economische voordelen zitten, geef ik vanuit fiscaal perspectief de voorkeur aan een fundamentele herziening van de fiscale behandeling van dividend en rente (zie paragraaf 8.5.5). Vooralsnog geeft de staatssecretaris de voorkeur aan een generieke tariefverlaging in combinatie met het in stand houden van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, boven een meer fundamentele herziening, zoals de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement. Mijns inziens rust op hem de bewijslast dat de positieve economische effecten van een verlaging van het vennootschapsbelastingtarief groter zijn dan die van de gelijkenschakeling van eigen vermogen en vreemd vermogen.

8.8.4 Enkele buitenlandse perikelen

Litjens wijst nog op het kritiekpunt dat een concern met in een Nederland gevestigde werkmaatschappij en een in het buitenland gevestigde moeder, geen voordeel heeft van de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement indien het vestigingsland van de moeder, een creditsysteem hanteert.²⁹⁴ Hij neutraliseert dit kritiekpunt door – mijns inziens terecht – aan te geven dat dit inherent is aan het buitenlandse belastingsysteem. Hetzelfde kan immers worden gezegd van de voorgestelde tariefverlagingen in ‘Werken aan winst’.²⁹⁵ Het afwijzen van een stelsel van aftrek van primair rendement op deze gronden acht ik dan ook niet gerechtvaardigd.

In het door mij in paragraaf 8.7 opgestelde model, bestaat op het niveau van de buitenlandse aandeelhouder/crediteur vanuit fiscaal perspectief indifferentie ten aanzien van de financieringswijze, mits rente en dividend gelijk worden behandeld. Het is echter zeer wel denkbaar, dat de rentebaten en de dividenden op het niveau van de buitenlandse aandeelhouder/crediteur verschillend worden belast. Ter illustratie wijs ik op de situatie waarin de deelnemingsvrijstelling toepassing vindt, terwijl op het niveau van de aandeelhouder geen correctie wordt gemaakt ter zake van de verleende aftrek van primair rendement door Nederland (tabel 11, bijlage B). Er van uitgaande dat rente-inkomsten gewoon worden belast op het niveau van de aandeelhouder/crediteur, bestaat er vanuit het concern als geheel gezien een voorkeur voor financiering met eigen vermogen. Deze discrepantie komt voort uit het feit dat op buitenlands niveau geen correctie plaatsvindt voor de in Nederland verleende aftrek. Zoals ik in paragraaf 8.7.1.2 al aangaf, kan deze ongelijkheid wellicht worden opgelost door de aftrek van primair rendement slechts toe te staan indien er sprake is van een ‘compenserende heffing’ op het niveau van de aandeelhouder. Hoewel het in beginsel mogelijk is om die eis vorm te geven in generiek geformuleerde wetgeving, bestaat er mijns inziens een risico dat een dergelijke eis strijdig moet worden geacht met het EU-recht.

294. Litjens, F.P.J.; Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109.

295. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, blz. 18, www.minfin.nl.

De vraag rijst of dit probleem wel door Nederland moet worden opgelost. Strikt genomen beantwoord ik deze vraag negatief. Er blijft immers evenwicht bestaan op binnenlands niveau. Hoe het buitenland fiscaal aankijkt tegen en omgaat met de ontvangen vergoeding voor het ter beschikking stellen van gelden, is in principe geen Nederlands probleem.²⁹⁶ Bovendien leidt het Nederlandse systeem in beginsel niet tot uitholling van de belastinggrondslag. Weliswaar daalt de grondslag van de vennootschapsbelasting, overwinst wordt echter nog steeds belast. Onder een stelsel van aftrek van primair rendement blijft een juiste transfer pricing daarom van groot belang.²⁹⁷ Indien door het hanteren van onjuiste interne verrekenprijzen in Nederland geen overwinst (meer) neerslaat, daalt daarmee de opbrengst van de vennootschapsbelasting. Overigens is dit geen wijziging ten opzichte van het huidige systeem; een stelsel van aftrek van primair rendement kan slechts overwinst belasten en in het huidige systeem wordt ook de normale vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen belast. Het huidige stelsel is derhalve minder afhankelijk van het belasten van overwinst.

Hoewel de financier een fiscale voorkeur heeft voor het financieren met eigen vermogen, bestaan er ook fiscale en economische argumenten voor financiering met vreemd vermogen. Indien een bepaalde financiering relatief risicovol is, kan het vanuit de aandeelhouder/crediteur bezien aantrekkelijker zijn om vreemd vermogen te verstrekken in plaats van eigen vermogen, indien een afwaardering van een vordering wél en de afwaardering van een deelneming niet aftrekbaar is. Ook vanuit economisch perspectief kan het aantrekkelijker zijn om vreemd vermogen te verstrekken indien het risico hoger is. De maximale beloning zal geringer zijn, maar het risico is ook navenant lager. Hierdoor is de markt voor vreemd vermogen meer geïnternationaliseerd dan de markt voor eigen vermogen. Investeerders wensen vanwege dit hogere risico namelijk meer informatie tot zich te nemen voordat wordt overgegaan tot het verstrekken van kapitaal. Deze informatie is in de lokale markt doorgaans beter beschikbaar en toegankelijker dan in het buitenland (asymmetrische informa-

296. Wel dient Nederland zich op te stellen als 'goed verdragspartner'. Voorts dient acht te worden geslagen op de 'code of conduct for business taxation' (Ecofin Council, Official Journal C2 of 6 January 1998, blz. 1-6). Tevens mag geen sprake zijn van 'schadelijke belastingconcurrentie' (Harmfull tax competition: an emerging global issue, OESO, 1998). Stevens gaat beknopt in op dit rapport, zie Stevens, L.G.M.; Fiscale beleidsnotities 1999, WFR 1998/1345.

297. De Mooij wijst er op dat uit empirische studies kan worden afgeleid, dat winstverschuiving door verrekenprijzen die niet at arm's length zijn significant is, De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 19 en de daarin aangehaalde literatuur. Over de omvang van de elasticiteit van de vennootschapsbelasting-opbrengst en het tarief (of het terugverdieneffect) bestaat evenwel zeker geen eenstemmigheid. De schattingen variëren van een elasticiteit van 3,65% (een tariefverlaging met 1%-punt leidt tot een stijging van de brutowinst met 3,65%) overeenstemmende met een terugverdieneffect van 122% (1%-punt daling van het vennootschapsbelastingtarief leidt tot een stijging van de belastingopbrengst van 1,22%-punt) (vergelijk Hines, J.R. & Rice, E.M.; Fiscal paradise: foreign tax havens and American Business, Quarterly Journal of Economics, 1994-109) tot een terugverdieneffect van 8,7% (vergelijk Grubert, H. & Mutti, J.; Taxes, tariffs and transfer pricing in multinational corporate decision making, Review of Economics and Statistics, 1991-68).

tie).²⁹⁸ Voor vreemd vermogen speelt de informatievoorziening in mindere mate een rol.²⁹⁹

8.8.5 Transitie- en invoeringsproblemen

Strikt genomen is een systeem van vermogensaftrek direct te implementeren. Er zijn in beginsel geen gerechtvaardigde belangen die moeten worden gerespecteerd. Gevolg van de implementatie van een stelsel van aftrek van primair rendement is wel dat het nettorendement op eigen vermogen gaat stijgen. Anders geformuleerd, de invoering van zo'n stelsel kost geld. Bij een budgettair neutrale invoering staat tegenover dit voordeel derhalve een nadeel op een ander punt, bijvoorbeeld beperking verliesverrekening en/of een hoger vennootschapsbelastingtarief. Dit betekent dat bepaalde belastingplichtigen met de invoering van een zo'n stelsel slechter af kunnen zijn. Dit kan vanzelfsprekend tot economische gedragsveranderingen leiden. Ook een niet-budgettair neutrale invoering kan economische effecten hebben. Het is denkbaar dat de materiële verlaging van de vennootschapsbelasting in wezen wordt gefinancierd door verhoging van andere belastingen, bijvoorbeeld de loon- en inkomstenbelasting. Hoewel deze economische effecten in ogenschouw moeten worden genomen voordat tot de overstap op een ander systeem wordt besloten, zijn dergelijke effecten niet alleen te wijten aan de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement. Ook een tariefverlaging zou dergelijke effecten met zich brengen.

De achterliggende gedachte achter een stelsel van aftrek van primair rendement is dat alleen overwinst wordt belast. Vanuit economisch perspectief is een dergelijke belasting efficiënt omdat deze de marginale financieringsbeslissing niet beïnvloedt. Dit betekent wel dat naast het feit dat de belastinggrondslag wordt verminderd, de overheid ook meer risico loopt ten aanzien van de belastingheffing. Immers slechts overwinst wordt belast.

8.8.6 Economische verstoringen

CBIT versus ACE

Een belangrijk voordeel van een stelsel van aftrek van primair rendement (ACE) is dat financieringskosten die zijn verbonden aan eigen vermogen en de financierings-

298. Vergelijk De Mooij, R.A.; Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 6-7, die onder meer verwijst naar Gordon, R.H. & Bovenberg, A.L.; Why is capital so immobile internationally? Possible explanations and implications for capital income taxation, *American Economic Review*, 1996-86.

299. Opgemerkt zij dat deze afweging in concernrelaties in de regel in veel mindere mate speelt, zeker bij meerderheidsbelangen. Met de toenemende mogelijkheden tot informatiegaring (denk aan internet) en strengere regels voor externe verslaggeving (denk aan Sarbanes-Oxley), convergeren de kennisniveaus van lokale investeerders en buitenlandse investeerders naar verwachting wel.

kosten die zijn verbonden aan vreemd vermogen fiscaal gelijk worden behandeld.³⁰⁰ In een stelsel waarin rente en de financieringsvergoeding voor eigen vermogen niet aftrekbaar zijn (CBIT), worden eigen vermogen en vreemd vermogen op dit punt eveneens fiscaal gelijk behandeld. De gelijke behandeling wordt evenwel op een tegengestelde wijze bereikt. De aftrek van primair rendement verlaagt de *'user cost of capital for investment financed by retained profits'*, terwijl een CBIT de *'user cost of capital for investment financed by debt'* verhoogt.³⁰¹ Bond geeft aan dat in een gesloten economie of in de situatie van belastingcoördinatie, een ACE leidt tot een hoger investeringsniveau, terwijl een CBIT leidt tot een lager investeringsniveau. In een (kleine) open economie is dit zijns inziens mogelijk anders. Bij een gelijkblijvende vennootschapsbelastingopbrengst is voor een ACE namelijk een hoger statutair tarief nodig dan voor een CBIT.

Als argument voor een ACE kan worden aangevoerd, dat door de lagere financieringskosten het investeringsniveau stijgt. Bond erkent dit ook, maar wijst er op dat het resultaat van deze additionele investeringen (per definitie) vrijwel gelijk zal zijn aan de marginale investeringsvoet. Dit betekent dat deze investeringen vrijwel geen overwinst meer genereren, en slechts een zeer beperkte stijging van de vennootschapsbelasting tot gevolg zullen hebben.³⁰² Dit moge zo zijn, maar het stijgen van het investeringsniveau kan wel voor andere positieve welvaartseffecten zorgen, zoals een hogere arbeidsparticipatie resulterend in een hogere loonbelasting.

Anders dan een CBIT, vindt door een ACE een verschuiving van de belastingdruk plaats van vennootschappen die niet of slechts in beperkte mate overwinst genereren naar (over)winstgevende vennootschappen. Bond signaleert het risico dat binnenlandse investeringen door mobiele multinationale ondernemingen zullen afnemen, mits deze vennootschappen relatief gezien de meeste overwinsten maken.³⁰³ In dit verband wijs ik op een onderzoek van Vording naar (onder meer) de

300. Onder een zuiver ACE-stelsel wordt er geen belasting geheven op persoonlijk inkomen uit kapitaal, vergelijk Lammersen, L.; Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47, blz. 17.

301. Bond, S.R.; Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base, in *Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform*, Edited by Cnossen, S.; Oxford University Press, 2000, blz. 162.

302. Bond, S.R.; Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base, in *Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform*, Edited by Cnossen, S.; Oxford University Press, 2000, blz. 168.

303. Dienaangaande merkt Bond het volgende op: *'If (onderstreept JvS) it is the case that geographically mobile multinational corporations tend to be among the most profitable companies, it may not be coincidental that the increase in the importance of foreign direct investment over the past fifteen years has been associated with a move to lower corporate tax rates and broader tax bases in many countries.'* Bond, S.R.; Levelling up or levelling down? Some reflections on the ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base, in *Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform*, Edited by Cnossen, S.; Oxford University Press, 2000, blz. 169. De gedachte hierachter is dat de multinationale onderneming bepaalde marktkracht bezit, bijvoorbeeld omdat deze onderneming toegang heeft tot bepaalde superieure technologie. Wellicht ten overvloede merk ik op dat het een hypothese betreft van Bond, vergelijk ook blz. 173 'If →

gevolgen van de invoering van een vermogensaftrek.³⁰⁴ Hij lijkt in dit onderzoek – afhankelijk van de financieringswijze van een vermogensaftrek – tot een tegengestelde conclusie te komen:

'Naar ondernemingsgrootte gezien pakt een vermogensaftrek wezenlijk anders uit dan een tariefverlaging. De grootste ondernemingen springen er veel voordeliger uit, ten koste van zowel de subtop als het midden- en kleinbedrijf. Dit komt doordat een vermogensaftrek kapitaalintensieve productie "beloont". De hier gesimuleerde vermogensaftrek is algemeen en bevat geen correctie voor in het buitenland werkzaam vermogen.³⁰⁵ De gevolgen zijn zichtbaar bij grote ondernemingen met buitenlandse dochters die – behalve indien de financiering komt uit de beperking van de deelnemingsvrijstelling – een duidelijke lastenverlichting ondervinden'.³⁰⁶

Indien – anders dan het onderzoek van Vordering lijkt te impliceren – de stelling van Bond correct is, namelijk dat de invoering van een vermogensaftrek met name multinationale ondernemingen in negatieve zin zou treffen, komt de vraag op in hoeverre dit economisch ongewenst is. Tegenover het nadeel voor de multinationale ondernemingen staat namelijk mogelijk een voordeel voor jonge, startende ondernemingen, wat kan leiden tot innovatie en dynamiek.³⁰⁷ Zeker indien de stelling van Bond juist blijkt te zijn, verdient het (gelet op de mogelijke budgettaire derving) mijns inziens wel de voorkeur te trachten de herbezinning op de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen in een internationale context aan te pakken.

Mocht de hypothese van Bond juist zijn en mocht het voorts wenselijk zijn om sterk (over)winstgevende investeringen aan te trekken, dan is het wellicht denkbaar om naast de aftrek van primair rendement een degressief tariefgebouw te implementeren. Dit levert – afgezien van de inverdieneffecten – wel een budgettaire derving op.³⁰⁸

→ *this hypothesis is correct, the implication for future tax reforms clearly favours changes in the direction of the CBIT rather than the ACE proposal*. Ik acht het zeker niet uitgesloten dat ook voornamelijk nationaal opererende kleinere ondernemingen overwinst kunnen maken.

304. Vording, H.; Wie heeft er wat aan verlaging van de vennootschapsbelasting?, WFR 2001/833.

305. Ik merk op dat ik een correctie voor zowel Nederlandse als buitenlandse deelnemingen wenselijk acht. Bij het in kaart brengen van de gevolgen van de invoering van een dergelijk systeem, dienen ook dergelijke inperkingen te worden meegenomen. Naar verwachting worden met name internationaal opererende concerns hierdoor getroffen, wat een gelijkmatigere spreiding geeft van de baten en lasten van de invoering van een stelsel van vermogensaftrek.

306. Vording, H.; Wie heeft er wat aan verlaging van de vennootschapsbelasting?, WFR 2001/833.

307. Vergelijk Vording, H.; Wie heeft er wat aan verlaging van de vennootschapsbelasting?, WFR 2001/833.

308. In verband wijs ik op het onderzoek van Lammersen, L. Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47. Hij komt tot de conclusie dat het statutaire vennootschapsbelastingtarief onder een stelsel van aftrek van primair rendement niet al te zeer mag afwijken van het tarief dat wordt gehanteerd in 'concurrerende landen'. Een robuuste belastinggrondslag is zijns inziens evenwel mogelijk bij een relatief laag primair rendement in combinatie met een niet al te hoog tarief (zie blz. 22). Hoe hoog het primaire rendement en het tarief moeten zijn, geeft Lammersen evenwel niet aan.

Economische verstoringen

In paragraaf 8.7.1 besteedde ik aandacht aan de economische toetsing van een stelsel van aftrek van primair rendement. Ik kwam tot de conclusie dat een stelsel van aftrek van primair rendement economisch zuiver uitwerkt ten aanzien van de financieringsbeslissing.³⁰⁹ Indien een dergelijk stelsel wordt gefinancierd uit een tariefverhoging (dan wel een lagere tariefverlaging) staat tegenover de mitigering van de verstoring van de financieringskeuze en de mitigering van de verstoring van de spaar- en investeringsbeslissing een stijging van internationale verstoringen, zoals locatiekeuze en winstallocatie.³¹⁰ Overigens is het denkbaar dat de versmalling van de belastinggrondslag – evenals een tariefverlaging – een positief effect heeft op het effectieve tarief.

Een CBIT mitigeert, evenals een aftrek van primair rendement, verstoring van de financieringsbeslissing. Het verminderen van deze verstoring gaat evenwel ten koste van de verstoring van de marginale investeringsbeslissing. Omdat een grondslagverbreding (bij een gelijkblijvende opbrengst) een lager tarief met zich brengt, brengt CBIT een mitigering met zich van de internationale verstoringen, zie ook paragraaf 8.8.6.

In groter verband houdt een herziening van de vennootschapsbelasting derhalve een uitruil van verstoringen in.³¹¹

8.8.7 Zelfstandige invoering en conclusie

In de literatuur wordt er op gewezen dat Nederland niet zelfstandig zou kunnen overgaan tot de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement.³¹² Lammersen wijst erop dat landen die een stelsel hanteerden dat leek op een stelsel van aftrek van primair rendement op hun schreden zijn teruggekomen ten faveure van een generieke tariefverlaging.³¹³ Opgemerkt zij evenwel dat België per 1 januari 2006 eenzijdig een (variant op het) stelsel van de aftrek van primair rendement

309. Daarmee zou een van de bestaande verstoringen van de vennootschapsbelasting zijn weggenomen. In zuiver stelsel van een allowance for corporate equity wordt voorts de marginale investeringsbeslissing niet meer verstoord, aangezien in een stelsel van aftrek van primair rendement alleen overwinst wordt belast. Vergelijk onder meer Lammersen, L.; *Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity*, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47, o.a. blz. 22.

310. Zie De Mooij, R.A.; *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 20.

311. De Mooij, R.A.; *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?*, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003, blz. 20.

312. Vergelijk Vleggeert, die het 'ondenkbaar (acht, JvS) dat Nederland hier eenzijdig toe overgaat', Vleggeert, J.; *Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?*, WFR 2003/1482.

313. Lammersen, L.; *Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity*, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47. Lammersen verwijst specifiek naar Italië en Kroatië (blz. 16). Vergelijk voor Kroatië mijn opmerkingen hierna. Zie ook Vording, H.; *Een bestendig fiscaal vestigingsklimaat: naar een lager VPB-tarief*, WFR 2005/621.

heeft ingevoerd; de belastingaftrek voor risicokapitaal of notionele interestaftrek.³¹⁴ Voorts wijs ik erop dat de reden om een stelsel van aftrek van primair rendement te verlaten, niet per definitie het falen van dit stelsel is. Ter illustratie wijs ik op Kroatië, dat van 1994 tot 2001 een stelsel van aftrek van primair rendement kende.³¹⁵ De afschaffing in 2001 is niet duidelijk onderbouwd, maar de afschaffing lijkt niet voort te komen uit een falen van het systeem.³¹⁶

Gelet op het voorgaande verdient de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement ook in Nederland zeker overweging en nader onderzoek. De in de literatuur tegen dit stelsel opgeworpen bezwaren – zie hiervoor – deel ik slechts ten dele. In ieder geval zijn de aangevoerde bezwaren onvoldoende zwaarwegend om een stelsel van aftrek van primair rendement zonder meer af te wijzen. Ook tegen andere stelsels bestaan namelijk aanzienlijke bezwaren.

De wetgever voert met name budgettaire bezwaren aan tegen een stelsel van aftrek van primair rendement. Hij meent dat een vermogensaftrek (aftrek primair rendement) vanwege het omvangrijke budgettaire beslag geen goed alternatief is voor het huidige stelsel in combinatie met een tariefverlaging (eventueel aangevuld met een groepsrentebox). In paragraaf 8.6.3 gaf ik al aan, dat de wetgever de kosten (bij een primair rendement van 4%) schat op jaarlijks € 3,7 mrd.³¹⁷ Volgens de wetgever komt deze kostenpost overeen met een tariefverlaging van 7%-punt. Voor zover mij bekend, houdt de wetgever bij zijn berekeningen geen rekening met het gegeven dat naar verwachting bij een aftrek van primair rendement wel en bij een tariefverlaging geen (of in veel mindere mate) mitigering van de excess burden optreedt. Bij een tariefverlaging blijft er namelijk discriminatie bestaan van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Beide vermogensvormen worden fiscaal nog steeds

314. De aftrek van primair rendement wordt belastingaftrek voor risicokapitaal of notionele interestaftrek genoemd. Anders Heithuis, die het Belgische stelsel van notionele interestaftrek kwalificeert als een stelsel van aftrek van primair dividend in plaats van als een stelsel van primair rendement, Heithuis, E.J.W.; Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026.

315. Voor een beknopte beschrijving verwijs ik naar Keen, M. & King, J.; The Croatian profit tax: an ACE in practice, Fiscal Studies, 2002, vol. 23, nr. 3, blz. 401-418.

316. Keen en King merken dienaangaande op: *'No very clear explanation seems to have been given for the decision to abolish the PI (protective interest is normal interest, JvS) system. It seems likely that the very novelty of the PI system, coupled with a simple desire to set a lower headline profit tax rate – whether as a signal in itself, a means to reduce the average effective profit rate or a defence against tax arbitrage devices – played an important part in the decision. But it also seems clear that the abolition of the PI system did not reflect any irremovable technical flaw in the system; as we have seen, in many ways it worked rather well. In that sense, at least, the ACE passed its first practical test'* Keen, M. & King, J.; The Croatian profit tax: an ACE in practice, Fiscal Studies, 2002, vol. 23, nr. 3, blz. 417.

317. In 1985 schatte Litjens de invoering van een dergelijk stelsel – bij een primair rendement van 10% (!) op 3,6 miljard gulden. Indien dit bedrag – tegen 5% per jaar – wordt omgerekend naar 2006, bedragen de kosten circa € 4,3 miljard. Bij een lager primair rendement zullen de kosten lager zijn. Een schatting van € 3 tot € 3,5 mrd. bij een primair rendement van circa 4% lijkt reëel.

verschillend behandeld, wat volgens de economische theorie resulteert in een welvaartsverlies. Bij een stelsel van primair rendement worden eigen vermogen en vreemd vermogen gelijk(er) behandeld. Dit heeft volgens de economische theorie een positief effect op het welvaartsverlies.

Gelet op de voordelen die zijn verbonden aan een stelsel van aftrek van primair rendement, rust mijns inziens de 'bewijslast' op de staatssecretaris om aannemelijk te maken dat een tariefverlaging economisch positiever uitpakt dan een fundamentele oplossing, zoals een stelsel van aftrek van primair rendement. De in de nota 'Werken aan winst' aangevoerde motivering acht ik onvoldoende.³¹⁸ Voorts wijs ik er op dat een stelsel van aftrek van primair rendement naar verwachting leidt tot een aanmerkelijk vereenvoudigde Wet op de vennootschapsbelasting. Een stelsel van aftrek van primair rendement verdient daarom zeker nadere bestudering in het kader van de herziening van de Wet Vpb 1969. Vooralsnog gaat de staatssecretaris hiertoe evenwel niet over. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' heeft de staatssecretaris getracht een zekere stroomlijning en vereenvoudiging aan te brengen in de huidige lappendeken van renteaftrekbeperkende maatregelen. Uit de behandeling van onderdelen van het wetsvoorstel in de hoofdstukken 2, 4, 5, 6 en 7 concludeer ik dat de staatssecretaris slechts zeer beperkt slaagt in zijn opzet. Op bepaalde punten is de rechtsonzekerheid namelijk juist toegenomen. Voorts heeft de staatssecretaris op bepaalde punten overkill gemitigeerd, maar dit is op ander punten juist toegenomen. Afgezien van de technische onvolkomenheden acht ik het vooral kwalijk dat de staatssecretaris voorbij is gegaan aan een principiële oplossing.³¹⁹ Het onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen blijft namelijk bestaan en daarmee ook de noodzaak voor renteaftrekbeperkende maatregelen. Mijns inziens verdient evenwel een fundamentele oplossing de voorkeur.

8.9 Conclusie

In dit onderzoek heb ik de verschillende renteaftrekbeperkingen en hun tekortkomingen in kaart gebracht. Ik heb aangetoond dat de bestaande renteaftrekbeperkingen voortkomen uit zeer uiteenlopende oorzaken. Wel vormen zij voor een belangrijk deel een reactie op voor de schatkist ongunstige jurisprudentie. Hieruit valt te verklaren dat de Wet Vpb 1969 op dit punt bestaat uit lapmiddelen en dat enig systeem ontbreekt. Ik onderscheid de volgende groepen aftrekbeperkingen:

1. Totaalwinstbewakers;
2. Evenwichtbewakers;
3. Buitenlands belastingsysteembewaker;
4. Systeembewakers; en
5. Grondslagbewakers.

318. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl, blz. 27.

319. Vergelijk Stevens die opmerkt dat het overweging had verdiend de vermogensaftrek serieuzer als alternatief voor de nominale tariefverlaging te analyseren, Stevens, L.G.M.; Fiscale Beleidsnotities 2007, WFR 2006/1089.

De renteaftrekbepkeringen die behoren de groep totaalwinstbewakers, bewaken de grens tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Hieronder valt de jurisprudentie inzake de her kwalificatie van leningen in eigen vermogen, in bijzonder BNB 1988/217 en BNB 1998/208. Voorts behoort de wetgeving inzake hybride leningen tot deze groep. Het doel van de evenwichtsbewaarders is in beginsel het bewaren van het evenwicht tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. Hoewel de evenwichtsarresten BNB 1996/299-300 inmiddels zijn achterhaald door de invoering van box 3, heeft de wetgever deze arresten – mijns inziens ten onrechte – gecodificeerd in art. 10b. Onder een buitenlands belastingsysteem bewaker versta ik bepalingen, die (mede) ten doel hebben de belastinggrondslag van andere belastingjurisdicities veilig te stellen, zoals het in art. 15ad opgenomen onderdeel dat zich richt tegen kapitaalstortingen binnen fiscale eenheid. Art. 13, lid 1 (tekst tot 1 januari 2004) bewaakte de Nederlandse heffinggrondslag tegen een onvolkomenheid in het systeem van de deelnemingsvrijstelling. Het HvJ EG acht deze systeem bewaker strijdig met EU-recht, zie het Bosalarrest BNB 2003/344. In plaats van art. 13, lid 1 heeft de wetgever met ingang van 1 januari 2004 een additionele grondslagbewaker geïntroduceerd, te weten art. 10d. Deze bepaling richt zich tegen thin capitalisation; financiering met teveel vreemd vermogen. Als grondslagbewakers fungeren ook art. 10a en art. 15ad. De eerste bepaling is kort samengevat gericht tegen structuren, waarbij – binnen concern – rentestromen op gang worden gebracht die voor het concern als geheel geen reële betekenis hebben. Art. 15ad is onder meer gericht tegen het financieren van de eigen overname.

In hoofdstuk 2 heb ik de economische effecten van de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen in kaart gebracht. Hier heb ik aangetoond dat uit de economische theorie volgt, dat het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen leidt tot een welvaartverlies (excess burden). Een gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen levert – bij een gelijke belastingopbrengst – een geringer welvaartverlies op. In dit hoofdstuk heb ik alternatieven onderzocht voor het bestaande systeem. Ik heb hierbij de volgende twee categorieën onderscheiden:

- Varianten waarin de vergoeding op eigen vermogen fiscaal (min of meer) gelijk wordt behandeld met de vergoeding op vreemd vermogen;
- Varianten waarin de vergoeding op eigen vermogen fiscaal (min of meer) ongelijk wordt behandeld met de vergoeding op vreemd vermogen.

Bij nadere bestudering van deze alternatieven heb ik – gelet op het door mij ontwikkelde toetsingskader – uiteindelijk de voorkeur gegeven aan een stelsel van aftrek van primair rendement.

Het stelsel van aftrek van primair rendement heb ik getest op economische neutraliteit. De uitkomst is dat in zo'n stelsel op het niveau van de vennootschap/debiteur – vanuit fiscaal perspectief – in beginsel neutraliteit bestaat tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. Overigens treden op het niveau van de aandeelhouder/crediteur wel enkele discrepanties op. Deze kunnen worden verklaard door het verschil in behandeling van eigen vermogen en vreemd

vermogen op aandeelhoudersniveau. Deze problematiek dient evenwel niet te worden opgelost op het niveau van de vennootschap, maar – desgewenst – op het niveau van de aandeelhouder. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de geconstateerde voorkeur voor de interne financiering met eigen vermogen boven externe financiering met eigen vermogen. Voor een neutrale uitwerking van een stelsel van aftrek van primair rendement is wel vereist dat geen inbreuk wordt gemaakt op de deelnemingsvrijstelling, met dien verstande dat dubbelstellingen voor deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is dienen te worden gecorrigeerd.

Naast de economische toetsing heb ik het stelsel van aftrek van primair rendement ook onderworpen aan de fiscale primaire toets. Ik heb geconstateerd dat een dergelijk stelsel rechtvaardig uitwerkt, uitgaande van een correcte redactie van de wettekst. Gelijke gevallen worden namelijk behandeld. Overkill doet zich niet voor, evenmin als een onwillekeurige uitwerking van de wet. Wel dient acht te worden geslagen op enigszins bijzondere gevallen, waaronder partieel belastingplichtige stichtingen en verenigingen, en beleggingen die geen periodieke opbrengsten genereren, zoals goud. Andere punten van aandacht zijn de behandeling van de vaste inrichting in Nederland van een in het buitenland gevestigde vennootschap en de negatieve waardesprong bij de voeging van een dochtervennootschap.

In dit hoofdstuk heb ik aangetoond, dat in een stelsel van aftrek van primair rendement de bestaande renteaftrekbeperkende maatregelen probleemloos kunnen worden geschrapt. Daarmee is dit stelsel beter uitvoerbaar en beter te handhaven. Een belangrijk nadeel is dat de invoering van zo'n stelsel aanzienlijke kosten met zich brengt. De wetgever raamt deze op circa € 3,7 mrd. per jaar. Voor zover mij bekend is dit een bruto berekening. Hierin zijn de inverdieneffecten en de opbrengst van het verminderen van de excess burden niet meegenomen. Voor een zuivere afweging dienen ook deze opbrengsten te worden geraamd.

Ook bij secundaire toetsing van de aftrekbeperking ben ik niet op problemen gestuit. Gegeven het feit dat lidstaten vrij zijn om heffingsbevoegdheden te verdelen, acht ik het elimineren van het saldo van activa en passiva van een vaste inrichting uit de grondslag voor de berekening van de aftrek van primair rendement niet strijdig met EU-recht. Anderszins voorzie ik in internationale verhoudingen evenmin problemen bij verdragstoepassing. Indien ook de dividendbelasting wordt afgeschaft, bestaat er ten aanzien van de vergoeding volledige neutraliteit op de passiefzijde van de balans van een vennootschap. Ten slotte wijs ik er op dat de deelnemingsvrijstelling niet moet worden ingeperkt in een stelsel van aftrek van primair dividend. Indien dit wel gebeurt, bestaat er geen financieringsneutraliteit. Wel is het van belang om dubbelstellingen in het vermogen van vennootschap te voorkomen. Dit kan onder meer worden gerealiseerd door de grondslag voor het primair rendement te verminderen met het voor de deelneming opgeofferde bedrag.

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' gaat de staatssecretaris over tot een beperkte en matig geslaagde opschoning van de huidige renteaftrekbeperkende maatregelen. Een fundamentele herbezinning op rente vindt niet plaats.

Mijn eindconclusie is dat de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement leidt tot het meest evenwichtige systeem van de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen.

HOOFDSTUK 9

Samenvatting en conclusies

9.1 Inleiding, probleemstelling en onderzoeksopzet

De centrale probleemstelling die ik in dit onderzoek heb geanalyseerd, valt in twee onderdelen uiteen:

1. Welke renteaftrekbeperkingen bestaan er voor de vennootschapsbelasting, hoe is aan deze aftrekbeperkingen vormgegeven en waarom bestaan deze aftrekbeperkingen in hun huidige vorm?
2. Voldoet het huidige systeem van de behandeling van vermogen met daarin de discriminatie van de vergoeding voor eigen vermogen ten opzichte van de vergoeding voor vreemd vermogen en zo nee, welk alternatief bestaat of alternatieven bestaan er voor het huidige regime?

Om deze probleemstelling te kunnen beantwoorden, heb ik in hoofdstuk 2 de economische consequenties onderzocht van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Als randvoorwaarde geldt namelijk dat een stelsel van de behandeling van verschillende soorten vermogen economisch evenwichtig moet uitwerken. In de hoofdstukken 3 tot en met 7 heb ik vervolgens de volgende drie groepen renteaftrekbeperkingen onderzocht:

1. jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen;
2. antiwinstdrainagewetgeving; en
3. thin-capitalisationwetgeving.

Deze renteaftrekbeperkingen heb ik getoetst aan de hand van drie criteria:

1. rechtvaardigheid; de aftrekbeperking moet worden gedragen door de rechtvaardigheidsopvattingen van de samenleving. Dit vul ik in als gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld, de wet bevat geen overkill en is niet willekeurig voor belastingplichtigen;
2. effectiviteit; de geformuleerde doelstellingen van fiscaal beleid dienen daadwerkelijk te worden gerealiseerd;
3. efficiëntie; de gestelde doelstellingen dienen te worden verwezenlijkt met zo weinig mogelijk uitvoeringskosten.

Bij deze toetsing ben ik onder andere ingegaan op de historie en motivering van de desbetreffende renteaftrekbeperking. Naast deze primaire toets ben ik voor iedere aftrekbeperking voorts (voor zover van toepassing) nagegaan hoe deze uitwerkt op

de internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, het EU-recht, de dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling. Dit heb ik in dit onderzoek aangegevoeld als secundaire toets.

Hierna presenteer ik mijn belangrijkste conclusies en bevindingen.

9.2 Economische verstoringen

In Nederland kennen wij het klassieke stelsel, met de voor het klassieke stelsel kenmerkende dubbele heffing over uitgedeelde winsten. Kenmerkend voor dit stelsel is dat de vergoeding voor eigen vermogen niet en de vergoeding voor vreemd vermogen in beginsel wel van de winst aftrekbaar is. Dit verschil ligt ten grondslag aan de in dit onderzoek in geding zijnde problematiek. In hoofdstuk 2 illustreerde ik dat de gedachte van het globale evenwicht in de literatuur niet onomstreden is en dat deze leer een tamelijk magere verdediging is voor het verschil in fiscale behandeling. In dat hoofdstuk heb ik voorts besproken dat de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen economische verstoringen veroorzaakt. Aan de hand van een door mij opgesteld model heb ik aannemelijk gemaakt, dat er een welvaartsverlies (excess burden) optreedt door de discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. Dit houdt in dat het in een efficiënt(er) stelsel mogelijk is, om met minder maatschappelijke kosten een gelijk bedrag aan belasting op te halen. Verder heb ik aan de hand van empirische studies geïllustreerd, dat de fiscaliteit zowel de uitdelingsbeslissing als de financieringsbeslissing van vennootschappen verstoort. Door de verstoring van de uitdelingsbeslissing worden de ingehouden winsten niet onderworpen aan de 'tucht van de markt' en komt de optimale allocatie in gedrang. De verstoring van de financieringsbeslissing brengt het risico van excessieve schuldfinanciering met zich en leidt daarnaast tot erosie van de Nederlandse belastinggrondslag.

Uit het jaarrekeningenrecht volgt dat een financiële verplichting (vreemd vermogen) elke overeengekomen verplichting is om:

- liquide middelen of een ander financieel actief aan een andere partij over te dragen; of
- financiële instrumenten te ruilen met een andere partij onder voorwaarden die potentieel nadelig zijn.

Eigen vermogen wordt bepaald als restpost van het totale vermogen en vreemd vermogen. In het jaarrekeningenrecht kunnen of moeten hybride financieringsinstrumenten, zoals converteerbare obligatieleningen, in voorkomende gevallen worden gesplitst in een deel eigen vermogen en een deel vreemd vermogen. In de fiscaliteit wordt deze wijze van kwalificatie (vooralsnog) niet gevolgd door de wetgever en/of de Hoge Raad.

9.3 Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen

De aftrekbaarheid van rente versus de niet-aftrekbaarheid van dividend lokt geldleningen uit met sterke kenmerken van eigen vermogen. De Hoge Raad heeft een systeem ontworpen voor de kwalificatie van dergelijke geldverstrekkingen. Voor de (fiscaalrechtelijke) kwalificatie van een geldverstrekking wordt in beginsel uitgegaan van de civielrechtelijke vorm. In drie gevallen leidt deze hoofdregel echter uitzondering.

1. Schijnlening: er is alleen naar de schijn sprake van een lening, partijen hebben in werkelijkheid beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen.
2. Deelnemerschapslening: de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden, dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar.
3. Bodemlozeputlening: de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden, dat het de crediteur reeds aanstonds – dat wil zeggen bij de verstrekking – duidelijk moet zijn geweest dat hij het door hem ter leen verstrekte bedrag niet, of niet ten volle, zal terugontvangen van de debiteur.

De herkwalificatie van een lening tot kapitaal resulteert er onder meer in dat de rente op zo'n geldverstrekking niet ten laste van de winst kan worden gebracht. Dit systeem is in hoofdstuk 3 nader onderzocht.

Uit de jurisprudentie heb ik afgeleid dat er voor de uitzondering 'schijn' slechts één toepassingvoorwaarde bestaat; het vereiste dat de contractpartijen feitelijk een kapitaalverstrekking hebben gewild in plaats van een lening. Deze toepassingvoorwaarde heb ik getypeerd als het vereiste van 'andersluidende wilsovereenstemming', omdat de feitelijke wilsovereenstemming anders is dan de formele wilsovereenstemming. Het is niet mogelijk een verzameling heldere en eenduidige criteria op te stellen, waarmee de aanwezigheid van een andersluidende wilsovereenstemming kan worden afgeleid. Zaken zoals renteloosheid van de vergoeding, achtergesteldheid van de lening en winstafhankelijkheid van de vergoeding hebben namelijk niet de status van een harde toepassingsvoorwaarde, maar vervullen slechts een signaalfunctie bij het achterhalen van de werkelijke wil van de contractpartijen.

Voor de uitzondering 'bodemloze put' geldt slechts het criterium dat de lening wordt verstrekt door een belastingplichtige in zijn hoedanigheid van aandeelhouder in een vennootschap waarin hij een deelneming ex art. 13 houdt. Nu ook bodemlozeputleningen kunnen bestaan tussen zustermaatschappijen, dient deze voorwaarde te worden begrepen in de zin dat het moet gaan om situaties van gelieerdheid. De andere twee in BNB 1988/217 geformuleerde voorwaarden zijn geen eenvoudig toetsbare grootheden. Het betreft de voorwaarden dat de vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt, omdat het uitgeleende bedrag niet (geheel) zal kunnen worden terugbetaald en het de aandeelhouder 'reeds aanstonds duidelijk' moet zijn geweest dat het door hem uitgeleende bedrag door de debiteur geheel of gedeeltelijk niet zal worden terugbetaald. Mogelijke indicatoren zijn de

aanwezigheid van een negatief eigen vermogen en een slechte toekomstverwachting bij de debiteur.

Gezien de sterk feitelijke invulling van deze uitzonderingen, verdient de door de Hoge Raad gekozen benadering voor schijnleningen en bodemlozeputleningen – de behoedzame (her)kwalificatie op basis van de werkelijke feiten en omstandigheden – de voorkeur boven de (her)kwalificatie op basis van een arbitrair criteriasysteem. Indien de wetgever deze uitzonderingen zou willen codificeren – bijvoorbeeld ten behoeve van de rechtszekerheid omtrent toepassing van de deelnemingsvrijstelling – zou hij deze uitzonderingen niet nader wettelijk dienen in te vullen.

Mijn voornaamste kritiek op het door de Hoge Raad geïntroduceerde systeem, richt zich op de invulling van de uitzondering 'deelnemerschap'. Dit is de enige van de in BNB 1988/217 geformuleerde uitzonderingen die de Hoge Raad nader heeft ingevuld, zie BNB 1998/208 en BNB 2006/82. Deze invulling is als volgt:

- de vergoeding voor de geldverstrekking is afhankelijk van de winst;
- de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers; en
- de schuld heeft geen vaste looptijd doch is slechts opeisbaar bij faillissement, etc.

Door de heldere en eenduidige criteria is het normaliter duidelijk of er sprake is van een deelnemerschapslening. Achteraf bezien bestaat deze duidelijkheid pas sinds BNB 2006/82. In dat arrest heeft de Hoge Raad het eerste en het derde criterium nader ingevuld. Hieruit volgt dat onder winstafhankelijkheid ook partiële winstafhankelijkheid valt. Voorts is de looptijdeis – ten onrechte – zo ingevuld dat hieronder tevens een lening met een looptijd van meer dan vijftig jaar valt. Deze meer stringente invulling brengt overigens mogelijkheden met zich om in te spelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen, zeker gelet op het vervallen van de hybride leningwetgeving. Dit betekent dat deze uitzondering niet goed scoort op het punt effectiviteit, wat overigens inherent is aan een criteriasysteem. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' beoogt de staatssecretaris de deelnemerschapslening te codificeren. Hierin slaagt hij niet, aangezien de deelnemerschapslening fiscaal niet kan worden beschouwd als lening en dus niet feitelijk functioneert als eigen vermogen. Evenals de schijnlening en de bodemlozeputlening heeft de deelnemerschapslening te gelden als een kapitaalverstrekking.

9.4 Hybride leningen

In hoofdstuk 4 heb ik de per 1 januari 2002 ingevoerde hybride leningwetgeving onderzocht. Hierbij zijn hybride leningen geldverstrekkingen die volgens de wetgever op het grensgebied van eigen vermogen en vreemd vermogen zitten. In deze wetgeving – die is opgenomen in art. 10, lid 1, onderdeel d en de leden 2, 3 en 4 – is bepaald, dat de rentelast ter zake van hybride leningen niet aftrekbaar is. In art. 10, lid 2, 3 en 4 wordt aangegeven wanneer sprake is van een hybride lening. Hierbij zijn vooral de winstafhankelijkheid van de vergoeding en de looptijd van de lening van belang. Art. 10, lid 1, onderdeel d c.s. vormt geen codificatie van de deelnemerschapslening. Er is namelijk eerder sprake van een hybride lening dan van een deel-

nemerschapslening. Voorts is het van belang dat een hybride lening – anders dan een deelnemerschapslening – kwalificeert als een lening en niet als eigen vermogen. Verder kunnen ook leningen waarvoor geen of een onvoldoende zakelijke vergoeding is overeengekomen – zonder tegenbewijs – onder het bereik van art. 10, lid 1, onderdeel d vallen.

Ik ben verder tot de conclusie gekomen, dat de motivering voor de invoering van de hybride leningwetgeving niet sterk is. De wetgever dient zich fundamenteel te herbezingen op deze wetgeving. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt voorgesteld om de hybride leningenwetgeving in te trekken. Hoewel ik mij hierin kan vinden, onderschrijf ik de motivering van de staatssecretaris voor het intrekken van deze regeling niet. Hij meent namelijk dat de regeling kan worden ingetrokken, omdat zij weinig wordt toegepast. Bij de invoering van de wetgeving gaf de wetgever evenwel aan, dat hiervan vooral een afschrikwekkend effect moest uitgaan. Deze twee benaderingen vallen niet met elkaar te rijmen. Overigens wordt in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' geen afscheid genomen van het meest omstreden onderdeel van de hybride leningwetgeving, te weten art. 10, lid 4. Voorgesteld wordt namelijk om deze bepaling (in enigszins gewijzigde vorm) op te nemen in art. 10b (wv).

Verder heb ik in hoofdstuk 4 verschillende kritiekpunten geformuleerd ten aanzien van de invulling van de wetgeving. Zo wordt een groot gewicht toegekend aan de winstafhankelijkheid van een vergoeding zonder die voldoende te motiveren, terwijl ook andere kenmerken zoals zeggenschap, looptijd en achterstelling belangrijke eigenschappen zijn van eigen vermogen. Verder heb ik overkill, verschillende technische onvolkomenheden en onduidelijkheden geconstateerd. Tevens opvallend is de inconsequente benadering ten aanzien van de fiscale gevolgen van het aanpassen van leningsvoorwaarden. Voorts wijs ik er op dat art. 10, lid 2 al na een jaar is aangepast. Dit is vanzelfsprekend niet efficiënt en dient de rechtszekerheid niet. Het is evenmin in overeenstemming met het beginsel van behoorlijke wetgeving. Dit klemmt des te meer, nu in het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt voorgesteld deze bepaling in te trekken. Ten slotte heb ik geconstateerd dat art. 10, lid 2, onderdeel c overbodig is.

Met de invoering van art. 10, lid 1, onderdeel d is de wetgever voor een belangrijk deel geslaagd in zijn opzet. Na de invoering van deze bepaling kent het aanbieden van hybride beleggingsvormen voor particuliere beleggers namelijk geen fiscale voordelen boven financiering met 'regulier' eigen vermogen. Voorts is het inspelen op grensoverschrijdende kwalificatieverschillen bemoeilijkt. Wel is de ratio achter art. 10, lid 1, onderdeel d kwestieus en bevat deze bepaling op bepaalde punten overkill. Voorts lijkt het mogelijk om onder de hybride leningwetgeving vandaan te blijven door 'roulatie' van de leningen.

9.5 **Secundaire toetsing deelnemerschapsleningen en hybride leningen**

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling dienen de uitzonderingen van BNB 1988/217 feitelijk te worden behandeld als (informele) kapitaalverstrekkingen en

worden deze in combinatie met een kwalificerend aandelenbelang begrepen onder de deelnemingsvrijstelling. In indirecte situaties is de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk niet van toepassing. Dit geldt in het bijzonder voor deelnemerschapsleningen. Indien daarentegen een bodemlozeputlening wordt verstrekt aan een zuster-vennootschap, worden de gevolgen hiervan gecorrigeerd via de moeder-vennootschap, vergelijk BNB 1993/32. Op een 'alleenstaande' lening ex BNB 1988/217 is de deelnemingsvrijstelling waarschijnlijk niet van toepassing, vergelijk BNB 1995/271. De huidige stand van de jurisprudentie (BNB 2003/34 en BNB 2006/82) biedt evenwel een kleine ingang voor een andere zienswijze. Zo'n alternatieve zienswijze verdient ook mijn voorkeur, omdat dubbele heffing wordt vermeden. Een aanpassing van art. 13 op dit punt – in de zin dat ook opzichzelfstaande deelnemerschapsleningen onder de deelnemingsvrijstelling vallen – acht ik wenselijk. In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt dit slechts beperkt gerealiseerd. Beoogd wordt om de deelnemerschapslening in bepaalde indirecte situaties onder de deelnemingsvrijstelling te brengen, maar de wetgever slaagt hier niet in, omdat de deelnemerschapslening niet valt onder art. 10, lid 1, onderdeel d, zie hiervoor. Indien de hybride leningwetgeving zou worden gecontinueerd, dienen in beginsel ook hybride leningen in indirecte verhoudingen onder het bereik van art. 13 te vallen.

Hybride leningen zijn ingevolge art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 onderworpen aan dividendbelasting. Voor jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen ontbreekt een dergelijke expliciete verwijzing in de Wet DB 1965. Gelet op het feit dat voor de vennootschapsbelasting jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen moeten worden aangemerkt als kapitaal, ben ik van mening dat deze kwalificatie ook geldt voor de dividendbelasting. Meer specifiek acht ik art. 3, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 van toepassing. Art. 3, lid 1, onderdeel f, Wet DB 1965 is daarom zinledig na de invoering van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', omdat hybride leningen dan niet meer bestaan.

In hoofdstuk 5 constateerde ik verder dat in grensoverschrijdende situaties problemen kunnen ontstaan ten aanzien van jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen en hybride leningen:

- economisch dubbele heffing (en heffingsvacua); en
- juridisch dubbele heffing (en heffingsvacua).

Economisch dubbele heffing komt voort uit internationale kwalificatieverschillen. Een mutal-agreementprocedure kan uitkomst bieden, maar duurt in de regel lang en de uitkomst is onzeker. Een door OESO voorgestelde oplossing is om bij kwalificatieverschillen aan te sluiten bij de kwalificatie van de bronstaat. De woonstaat dient deze kwalificatie te volgen. Nederland volgt deze benadering vooralsnog niet. Ten aanzien van juridisch dubbele heffing heeft in EU-verband een aanzienlijke mitigering plaatsgevonden door de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest-royaltyrichtlijn. Ik acht het opvallend en onterecht dat hybride leningen in zusterrelaties nog onder de Moeder-dochterrichtlijn noch onder de Interest-royaltyrichtlijn vallen.

Voorts wordt juridisch dubbele heffing voorkomen door middel van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In art. 10 en 11 OESO-Modelverdrag wordt de

verdeling van de heffingbevoegdheid van staten geregeld ten aanzien van dividenden en rente. Kort samengevat komt het er op neer dat het heffingsrecht wordt toegewezen aan de woonstaat, terwijl de bronstaat soms een beperkte (bron)belasting mag heffen, waarvoor de woonstaat een voorkoming dient te geven. Het onderscheid tussen art. 10 en 11 is relevant vanwege de mogelijke verschillen in bronheffingspercentages. Enkele verdragen die zijn gebaseerd op het Nederlands standaardverdrag, wijken af van het OESO-Modelverdrag op het punt van de kwalificatie van een geldverstrekking.

In hoofdstuk 5 heb ik voorts geconcludeerd dat art. 10, lid 1, onderdeel d in overeenstemming is met EU-recht. Dit geldt wellicht niet voor art. 13, lid 3, onderdeel b. Op basis van de uitkomsten van arresten zoals *Skandia*, *Eurowings*, *Verkooijen*, *Baars* en *Cadbury Schweppes* bestaat er een aanzienlijke kans dat deze bepaling strijdig is met EU-recht. Gelet op de arresten *Schempp* en *Marks & Spencer* is dit evenwel niet zeker.

9.6 Winstdrainagewetgeving

In hoofdstuk 6 heb ik de (anti)winstdrainagewetgeving onderzocht, zoals die is opgenomen in art. 10a, 14a, 14b en 15ad. Deze renteaftrekbeperkingen vinden hun (uiteindelijke) oorsprong in de (anti)winstdrainagejurisprudentie. Met deze wetgeving heeft de wetgever de zogenoemde (anti)winstdrainagejurisprudentie willen codificeren en aanscherpen op punten waarop de fiscus in procedures het onderspit dolf. Het doel van deze wetgeving is het voorkomen van erosie van de Nederlandse heffinggrondslag en dit wordt voor een belangrijk deel gerealiseerd. Het is namelijk in beginsel nog nauwelijks mogelijk om winstdrainage-achtige structuren op te zetten, waarmee de Nederlandse belastinggrondslag wordt geërodeerd ten gunste van tax havens of van anders niet verrekenbare verliezen e.d. Voorts heeft de wetgever een dam opgeworpen tegen het financieren van de eigen overname door werkmatschappijen door de zogenoemde overnameholdingstructuur en de bv 1-bv 2-structuren. Door hun paradoxale uitwerking boeten art. 10a en art. 15ad wel in aan effectiviteit. Beide bepalingen hebben namelijk als nadelige bijwerking, dat zij – binnen de grenzen van art. 10d – de initiële financiering met vreemd vermogen stimuleren. Getuige het wetsvoorstel ‘Werken aan winst’ wenst de staatssecretaris art. 10a op bepaalde punten nog verder aan te scherpen. Zo wordt bijvoorbeeld – overigens onvoldoende gemotiveerd – voorgesteld om ook externe acquisities onder het bereik van art. 10a te brengen. Voorgesteld wordt om art. 15ad en de andere temporeringsbepalingen in te trekken.

Het feit dat art. 10a – behoudens de paradoxale uitwerking – goed functioneert op het punt van de effectiviteit, heeft als keerzijde dat de bepaling zo ruim is geformuleerd dat hier ook structuren onder vallen waarin geen sprake is van oneigenlijk gebruik. De tegenbewijsregelingen bieden namelijk niet altijd soelaas. Daarnaast gaat deze ‘omkering’ van de bewijslast gepaard met bewijsproblemen en kosten. Vooral in situaties van art. 10a, lid 1 kan zich (economisch) dubbele heffing voordoen door de strenge tegenbewijsregeling. In het wetsvoorstel ‘Werken aan winst’ wordt het

verschil tussen lid 1 en lid 2 evenwel opgeheven. Ook in de nieuwe tegenbewijsregeling is compenserende heffing niet aanwezig indien de crediteur beschikt over compensabele verliezen. Ik acht dit – behoudens situaties van excessen – niet rechtvaardig.

Ik concludeer voorts dat art. 10a en art. 15ad niet slagen voor de efficiëntietoets. In hoofdstuk 6 heb ik geconstateerd dat art. 10a op sommige punten onduidelijk is geredigeerd. Ter illustratie wijs ik op de frase 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' die op verschillende punten terugkeert, en op art. 10a, lid 2, onderdeel c. Ten slotte merk ik nog op dat de effectiviteit van de maatregelen aanzienlijk minder is, indien komt vast te staan dat art. 10a en/of art. 15ad strijdig zijn met het gemeenschapsrecht. Hoewel thans een trend waarneembaar is die pleit in het voordeel van art. 10a en art. 15ad (vergelijk de arresten Schempp en Marks & Spencer), is strijdigheid zeker een reëel risico (vergelijk ook Cadbury Schweppes).

9.7 Thin capitalisation

Art. 10d sluit rente in aftrek uit, indien een vennootschap ten opzichte van de hoeveelheid eigen vermogen met te veel vreemd vermogen is gefinancierd; thin capitalisation. De invoering van deze wetgeving is een reactie op het oordeel van het HvJ EG, dat de in art. 13, lid 1 opgenomen kostenaftrekbeperking strijdig is met EU-recht (Bosal). Art. 10d is een van de reparatiemaatregelen om de uit dit arrest voortvloeiende (toekomstige) budgettaire derving te compenseren. Volgens de wetgever is art. 10d gericht tegen het uithollen van de Nederlandse belastinggrondslag. Mijns inziens is art. 10d niet rechtvaardig. Deze bepaling bevat namelijk overkill. Zo vindt art. 10d ook toepassing in puur binnenlandse situaties en vindt daardoor economisch dubbele heffing plaats binnen Nederland. Ook in grensoverschrijdende situaties kan art. 10d economisch dubbele heffing veroorzaken. Een (redelijke) belastingheffing op het niveau van de crediteur geldt namelijk niet als tegenbewijs. Hoewel economisch dubbele heffing zich slechts voordoet binnen concernverband, kan balansverlening door extern in te lenen wel toepassing van art. 10d met zich brengen. Hetzelfde geldt voor voeging van een deelneming in een fiscale eenheid. Verder worden fiscale reserves ten onrechte niet meegenomen bij de bepaling van het fiscale eigen vermogen. Voorts acht ik het onrechtvaardig dat geldleningen u/g wel het teveel aan vreemd vermogen verminderen, maar niet de rente als genoemd in art. 10d, lid 1. Deze rente wordt namelijk niet salderend bepaald, en dit zie ik als een structuurfout in art. 10d. In hoofdstuk 7 heb ik voorts geconstateerd dat de vormgeving van de berekenwijze van de vermindering van dubbele belasting een onrechtvaardige uitwerking heeft.

Op het punt van de effectiviteit functioneert art. 10d relatief goed. Deze bepaling gaat namelijk zeker uitholling van de belastinggrondslag tegen. Op bepaalde punten is art. 10d evenwel niet waterdicht. Ontwijking is vooral mogelijk door bij het begin en het einde van het boekjaar een hoger eigen of een lager vreemd vermogen te presenteren. Ik acht een wetswijziging wenselijk om de manipulatie van eigen vermogen en vreemd vermogen rond balansdatum tegen te gaan. Voorts is het mogelijk om Sara Kreek-achtige structuren op te zetten en dit dient voor art. 10d (en voor art. 10a)

te worden hersteld. Voorts plaats ik nog een kanttekening bij de efficiëntie van art. 10d. Gelet op de complexiteit van deze regeling alsmede de onduidelijkheid van bepaalde begrippen zoals het groepsbegrip (ex art. 2:24b BW), acht ik het waarschijnlijk dat deze bepaling aanzienlijke uitvoeringslasten met zich brengt.

Ten slotte wijs ik op de mogelijke strijdigheid van art. 10d met EU-recht. Door toepassing van de groepstoets hebben concerns met een Nederlandse groepsmoeder wellicht geen last van thin capitalisation, omdat de belastingplichtige zich spiegelt aan zichzelf. Voorts vindt art. 10d volgens de wetgever geen toepassing in de situatie van het samenvallen van de groep met een fiscale eenheid. Aangezien een fiscale eenheid in beginsel slechts mogelijk is in binnenlandse situaties, is deze benadering mogelijk strijdig met EU-recht. Ook bij de berekening van het teveel aan vreemd vermogen kan strijdigheid met EU-recht optreden van art. 10d in combinatie met art. 15.

9.8 **Categorisering en alternatieven**

9.8.1 **Categorisering en beoordeling huidige systeem**

In dit onderzoek heb ik de verschillende renteaftrekbeperkingen en hun tekortkomingen in kaart gebracht. Ik onderscheid de volgende groepen aftrekbeperkingen:

1. totaalwinstbewakers;
2. evenwichtbewakers;
3. buitenlands belastingsysteembewakers;
4. systeembewakers; en
5. grondslagbewakers.

De renteaftrekbeperkingen die behoren tot de groep totaalwinstbewakers, bewaken de grens tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Hieronder valt de jurisprudentie inzake de her kwalificatie van leningen in eigen vermogen, in bijzonder BNB 1988/217 en 1998/208, evenals de hybride leningwetgeving. De evenwichtsbewaarders hebben in beginsel als doel het evenwicht te bewaren tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. Hoewel de evenwichtsarresten BNB 1996/299-300 inmiddels zijn achterhaald door de invoering van box 3, heeft de wetgever deze arresten – ten onrechte – gecodificeerd in art. 10b. Deze wetgeving wordt nog aangescherpt in het wetsvoorstel 'Werken aan winst'. Buitenlands belastingsysteembewakers hebben (mede) ten doel de belastinggrondslag van andere belastingjurisdicties veilig te stellen, zoals het in art. 15ad opgenomen onderdeel dat zich richt tegen kapitaalstortingen binnen fiscale eenheid. Een ander voorbeeld is art. 8c. Art. 13, lid 1 (tekst tot 1 januari 2004) bewaakte de Nederlandse heffingsgrondslag tegen een onvolkomenheid in het systeem van de deelnemingsvrijstelling. Deze systeembewaker is door het HvJ EG strijdig geacht met EU-recht (Bosal). In plaats van art. 13, lid 1 heeft de wetgever met ingang van 1 januari 2004 een additionele grondslagbewaker geïntroduceerd, te weten art. 10d. Andere belangrijke grondslagbewakers zijn art. 10a en art. 15ad.

In dit onderzoek heb ik onderzocht welke renteaftrekbeperkingen er bestaan, hoe hieraan is vormgegeven en waarom deze aftrekbeperkingen bestaan in hun huidige vorm. Ik ben tot de conclusie gekomen dat er de nodige onvolkomenheden bestaan in het huidige systeem. Zo werkt de huidige benadering economisch niet evenwichtig uit. Ook fiscaalrechtelijk valt er de nodige kritiek te leveren op dit systeem, voor zover al kan worden gesproken van een systeem. De renteaftrekbeperkende maatregelen vertonen namelijk eerder het beeld van een lappendeken dan van een coherent systeem. Voorts werken de onderscheiden renteaftrekbeperkingen zeker niet altijd rechtvaardig, effectief en efficiënt uit. Daarnaast kunnen soms problemen ontstaan op het gebied van verdragen, EU-recht, dividendbelasting en de deelnemingsvrijstelling.¹ Gelet op de slechte score op het fiscale toetsingsvlak in combinatie met de negatieve uitkomsten op het gebied van de economische toetsing, geef ik een ontkenkend antwoord op het tweede onderdeel van mijn probleemstelling *‘Voldoet het huidige systeem van de behandeling van vermogen met daarin de discriminatie van de vergoeding voor eigen vermogen ten opzichte van de vergoeding voor vreemd vermogen’*. Ik heb daarom nader onderzoek verricht naar mogelijke alternatieven.

9.8.2 Alternatieven

In deze studie heb ik mij beperkt tot het onderzoek naar oplossingen die in de bestaande vennootschapsbelasting kunnen worden geïmplementeerd. Hierbij ben ik uitgegaan van twee premissen, die voortkomen uit de economische literatuur:

- kapitaalinkomen moet worden belast; en
- kapitaalinkomen moet worden belast aan de bron in de vorm van een vennootschapsbelasting.

Door deze afbakening worden eventuele oplossingen zoals een stelsel van volledige integratie en het afschaffen van de vennootschapsbelasting gefinancierd door de verhoging van andere belastingen, niet meegenomen in dit onderzoek. Evenmin ben ik ingegaan op het vervangen van de vennootschapsbelasting door een consumptiebelasting en eventuele oplossingen die niet direct aangrijpen op het gebied van de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Systemen zoals Home State Taxation, Common Base Taxation en stelsels zoals een duale inkomstenbelasting blijven ook buiten aanmerking. De onderzochte alternatieven heb ik vanuit het oogpunt van het overzicht ingedeeld in de volgende twee categorieën:

1. Varianten waarin de vergoeding op eigen vermogen fiscaal (min of meer) ongelijk wordt behandeld ten opzichte van de vergoeding op vreemd vermogen.
2. Varianten waarin de vergoeding op eigen vermogen fiscaal (min of meer) gelijk wordt behandeld ten opzichte van de vergoeding op vreemd vermogen.

Uit de eerste categorie heb ik aandacht besteed aan oplossingsrichtingen zoals de invoering van een brede thin-capitalisationwetgeving, het repareren of stroomlijnen van het huidige systeem en een generieke tariefverlaging. Deze alternatieven bieden

1. Voor een beknopt overzicht verwijs ik naar het in paragraaf 8.3.5 opgenomen samenvattende schema.

geen fundamentele oplossing voor de bestaande problemen en creëren elk hun eigen (uitvoerings)problemen, onevenwichtige uitwerking en overkill. De reden hiervan is eenvoudigweg, dat geen van deze alternatieven het achterliggende probleem weet weg te nemen. Binnen de grenzen van het alternatieve systeem blijft het fiscaal bezien attractief om te financieren met vreemd vermogen. Dit betekent dat het aantrekkelijk blijft om – binnen deze grenzen – eigen vermogen te presenteren als vreemd vermogen en structuren op te zetten die de Nederlandse heffingsgrondslag eroderen.

Naast voornoemde alternatieven heb ik ook stelsels onderzocht die eigen en vreemd vermogen wel gelijk behandelen, althans op het gebied van de aftrekbaarheid van de beloning. Deze oplossingen kunnen worden onderverdeeld in een groep waarin vreemd vermogen gelijk wordt behandeld met eigen vermogen (rente noch dividend zijn aftrekbaar) en een groep waarin eigen vermogen gelijk(er) wordt behandeld met vreemd vermogen (rente en dividend of een afgeleide daarvan zijn aftrekbaar). Tot de eerste categorie behoren een generiek aftrekverbod voor rente, het defiscaliseren van groepsleningen en een aftrekverbod voor rente aan verbonden lichamen, behoudens voor zover de rente is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Deze benaderingen verdienen geen aanbeveling, onder meer gelet op het risico van overkill. Mijn voorkeur gaat uit naar een meer evenwichtig systeem waarin zowel de vergoeding voor eigen vermogen als de vergoeding voor vreemd vermogen aftrekbaar is. Van de varianten die ik heb onderzocht – zoals de aftrek van primair dividend en de aftrek van fictieve rente over eigen en vreemd vermogen (al dan niet beperkt tot groepsrelaties) – geef ik de voorkeur aan een stelsel van aftrek van primair rendement. Ik kom tot de conclusie dat deze laatste variant tot het meest evenwichtige systeem leidt.

9.8.3 *Oplossing: stelsel van aftrek van primair rendement*

Vormgeving

Kort samengevat komt het door mij voorgestelde stelsel van aftrek van primair rendement er op neer, dat een 'normale vergoeding' over het 'in de onderneming werkzame vermogen' ten laste van de winst kan worden gebracht. Het is theoretisch juist om een aftrek te verlenen op basis van de werkelijke waarde van de activa. Ook stille reserves kennen namelijk een 'opportunity cost of capital', waarvoor in beginsel een aftrek zou moeten worden verleend. Het uitgaan van werkelijke waarden brengt evenwel belangrijke bezwaren mee, zoals een budgettair probleem. Mede daarom acht ik de invoering van een systeem van aftrek van primair rendement op basis van werkelijke waarden niet realistisch en geef ik er de voorkeur aan het fiscale vermogen als uitgangspunt te nemen. Het voordeel is dat deze grootheid bekend is en dat deze benadering budgettair realiseerbaar is. Wel wordt het systeem daarmee economisch enigszins onzuiver. Op dit fiscale eigen vermogen dienen nog wel correcties te worden gemaakt voor bijvoorbeeld bepaalde fiscale reserves. Voorts dient vanuit systematisch oogpunt een correctie te worden gemaakt voor deelnemingen en voor vermogensbestanddelen die inkomen genereren dat kwalificeert voor voorkoming van dubbele belasting.

Als normale vergoeding ga ik – vanuit de arbitragegedachte – uit van een rentevergoeding die bestaat uit een beloning voor het risicovrij ter beschikking stellen van de gelden plus een risico-opslag. Opgemerkt zij dat de normale vergoedingen voor verschillende belastingplichtigen strikt genomen divergeren, omdat die afhangen van omstandigheden en voorwaarden waaronder het vermogen ter beschikking is gesteld. Vanuit het oogpunt van de eenvoud verdient het daarom de voorkeur om voor alle belastingplichtigen aan te sluiten bij het rentepercentage op langlopende staatsobligaties.

Enkele bezwaren

Tegen het stelsel van aftrek van primair rendement vallen ook enkele praktische bezwaren aan te voeren. Een belangrijk aandachtspunt is dat dit systeem inbreuk maakt op de leer van het globale evenwicht, vanwege de lagere vennootschapsbelastingdruk. De oorzaak van dit probleem wordt echter niet gevonden in de vennootschapsbelasting maar in de inkomstenbelasting. Een ander aandachtspunt is dat een stelsel van aftrek van primair rendement in binnenlandse en buitenlandse verhoudingen niet altijd evenwichtig uitwerkt, bijvoorbeeld indien rente en dividend verschillend worden behandeld op het niveau van de ontvanger. Deze problematiek dient niet te worden opgelost op het niveau van de vennootschap, maar – desgewenst – op het niveau van de aandeelhouder. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de geconstateerde voorkeur voor de interne financiering met eigen vermogen boven externe financiering met eigen vermogen. Een ander nadeel van een stelsel van aftrek van primair rendement zijn de budgettaire consequenties. Omdat in een stelsel van aftrek van primair rendement alleen nog overwinst wordt belast, gaat de overheid tevens meer risico lopen bij de belastingheffing.

Ik acht de nadelen die zijn verbonden aan een stelsel van aftrek van primair rendement onvoldoende zwaarwegend, om dit stelsel af te wijzen. Tegen het huidige stelsel vallen immers ook legio bezwaren aan te voeren, zie hoofdstuk 2 voor de economische bezwaren en de hoofdstukken 3 tot en met 7 voor de technische/fiscaalrechtelijke bezwaren.

Keuze tussen tariefverlaging en stelsel van aftrek van primair rendement

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' verkiest de staatssecretaris een tariefverlaging boven een stelsel van aftrek van primair rendement. Onder de door mij in paragraaf 8.7.1.1 gestelde randvoorwaarden werkt een stelsel van aftrek van primair rendement, anders dan een tariefverlaging, economisch zuiver uit ten aanzien van de financieringsbeslissing. Daarmee wordt een van de bestaande verstoringen van de vennootschapsbelasting weggenomen. Voorts wordt in een (zuiver) stelsel van aftrek van primair rendement de marginale investeringsbeslissing niet meer verstoord, omdat alleen overwinst wordt belast. Uit de economische literatuur blijkt dat in een gesloten economie of in de situatie van belastingcoördinatie, een zuiver stelsel van aftrek van primair rendement leidt tot een hoger investeringsniveau dan een stelsel van een tariefverlaging. Het is niet volledig duidelijk hoe dit uitpakt voor een (kleine) open economie. Indien een stelsel van aftrek van primair rendement namelijk wordt gefinancierd uit een tariefverhoging (dan wel uit een lagere tariefverla-

ging) staat tegenover de mitigerende van de verstoring van de financieringskeuze en de mitigerende van de verstoring van de spaar- en investeringsbeslissing, een stijging van internationale verstoringen, zoals locatiekeuze en winstallocatie. Overigens is het denkbaar dat de versmalling van de belastinggrondslag – evenals een tariefverlaging – een positief effect kan hebben op het effectieve tarief. Algemeen valt voor een tariefverlaging boven een aftrek van primair rendement te zeggen, dat er bij een stelsel van aftrek van primair rendement een verschuiving van de belastingdruk plaatsvindt van vennootschappen die niet of slechts in beperkte mate overwinst genereren naar (over)winstgevende vennootschappen. Dit brengt het risico met zich dat binnenlandse investeringen door mobiele multinationale ondernemingen zullen afnemen, onder de veronderstelling dat deze vennootschappen relatief gezien de meeste overwinst maken. Uit onderzoek blijkt evenwel dat deze veronderstelling geenszins een gegeven is.

In het wetsvoorstel 'Werken aan winst' wordt voorts de problematiek van het verschil in fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen niet fundamenteel geadresseerd. Er vindt slechts een beperkte opschoning en aanscherping plaats van de bestaande bepalingen. Niet duidelijk is, waarom de staatssecretaris een generieke tariefverlaging én het in stand houden van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, verkiest boven een meer fundamentele herziening, zoals de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement. Kennelijk verwacht de staatssecretaris dat de positieve economische effecten van deze tariefverlaging groter zijn dan die van de gelijkschakeling van eigen vermogen en vreemd vermogen. Gelet op het voorgaande, is het aan de staatssecretaris om aan nemelijk te maken dat een tariefverlaging economisch en fiscaal positiever uitpakt dan een fundamentele oplossing zoals een stelsel van aftrek van primair rendement.

Slotconclusie

Vanuit fiscaal perspectief bestaat er – onder de door mij gestelde randvoorwaarden – in een stelsel van aftrek van primair rendement in beginsel neutraliteit tussen financiering met eigen vermogen en financiering met vreemd vermogen. Voorts heb ik geconstateerd dat een dergelijk stelsel rechtvaardig, effectief en efficiënt uitwerkt, mits rekening wordt gehouden met de door mij gesignaleerde aandachtspunten zoals een correctie voor deelnemingen. In een stelsel van aftrek van primair rendement kunnen de bestaande renteaftrekbeperkende maatregelen probleemloos worden geschrapt. Daarmee is dit stelsel beter uitvoerbaar en beter te handhaven. Indien ook de dividendbelasting wordt afgeschaft bestaat er ten aanzien van de vergoeding volledige neutraliteit op de passiefzijde van de balans van een vennootschap. Mijn eindconclusie is dat de invoering van een stelsel van aftrek van primair rendement tot het meest evenwichtige systeem leidt van de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen.

SUMMARY

Introduction and research structure

Pursuant to the Dutch Corporate Income Tax Act of 1969 ('CITA'),¹ interest is generally deductible from profit, while dividends are not. In addition to the normal practice of raising a relatively large amount in loan capital, this provision provokes the following tax-inspired behavior from taxpayers:

- presenting equity as loan capital; and
- creating interest streams to creditors that are subject to little or no tax, as a consequence of which the Dutch tax base is eroded.

The Dutch Supreme Court and legislature have introduced a number of interest-deduction restrictions to combat these structures. This research focuses on these interest-deduction restrictions.

Chapter 1 sets out the scope of the research and the research structure. In this respect, I address the following issues:

1. Which interest-deduction restrictions apply for corporate income tax purposes, what form do these deduction restrictions take, and why do these deduction restrictions exist in their current forms?
2. Is the current system of the treatment of equity, including the discrimination between the remuneration for equity as compared with the remuneration for loan capital, satisfactory? If not, what alternative(s) are there to the current regime?

In the context of the issues addressed, I researched the following three deduction restrictions:

1. loans that have been reclassified as a result of case law and hybrid loans (Chapters 3, 4, and 5);
2. legislation concerning the strengthening of the tax infrastructure (Chapter 6); and
3. thin capitalization rules (Chapter 7).

I tested these deduction restrictions using the following criteria as a premise:

- justification: the deduction restriction must be supported by society's views on what is justified. By this, I mean that equal cases must be treated equally, the law must not be excessive in scope, and the law's application to taxpayers must not be discretionary;

1. Unless explicitly stated otherwise, any reference made to a statutory provision refers to the CITA.

- effectiveness: the objectives of tax policy formulated must actually be realized; and
- efficiency: the objectives formulated must be realized, incurring as low administrative costs as possible.

In addition to the primary test, I examined the effect each deduction restriction has on international double taxation treaties, EU law, dividend withholding tax, and the participation exemption ('alternative test'). A precondition is that a system governing the treatment of equity must have a balanced economic impact.

Findings concerning interest-deduction restrictions

Chapter 2: Civil law and economic aspects

As a general rule, the civil-law form in which equity is provided is the deciding factor for the purposes of classifying an equity provision for tax law purposes. For this reason, I briefly address several civil-law aspects in Chapter 2. I then examine the economic implications of the difference in tax treatment between equity and loan capital. Chapter 2 shows that disparate tax treatment of equity and loan capital leads to economic distortion. Using a model I prepared, I show that economic losses arise (excess burden) as a consequence of discrimination between equity and loan capital. This means that, in a more efficient system, it is possible to collect the same amount in tax while incurring lower costs to society. The disruption of the financing decision entails the risk of excessive debt-financing and leads to the erosion of the Dutch tax base.

It follows from the law governing annual financial statements that a financial obligation is defined as any obligation undertaken to:

- transfer cash or cash equivalents or another financial instrument to another party; or
- exchange financial instruments with another party subject to conditions that might be disadvantageous.

Furthermore, it has become apparent that the law governing annual financial statements stipulates that, in some situations, hybrid-financing instruments, such as convertible bond loans, can or must be divided partly into equity and partly into loan capital. In tax practice, neither the legislature nor the Dutch Supreme Court currently classifies the instruments in this way. For this reason, this investigation omits any further discussion of this issue.

Chapters 3 and 4: Loans reclassified as a result of case law and hybrid loans

The deductibility of interest versus the non-deductibility of capital provokes loans that strongly resemble equity. The Supreme Court has developed a system for reclassifying these types of loans. As a general rule, the civil-law form of a loan is used as a premise for classifying a loan for tax law purposes. There are three exceptions to this general rule:

1. It only seems as though a loan has been provided, whereas the parties actually planned to provide equity (sham loan).
2. The loan was provided subject to such conditions that, as a consequence of loan provided, the creditor participates to a certain degree in the debtor's business (participating loan).
3. The loan was granted subject to such conditions that it must have been clear to the creditor from the start that the debtor would be unable to repay all or part of the loan (bottomless pit loan).

Among other things, the reclassification of a loan into capital means that the interest on such loan is non-deductible.

I infer from case law that, with respect to the exception for sham loans, only one application condition exists; the requirement that the contract parties actually wanted to provide capital rather than a loan. The criterion applicable to bottomless pit loans is that these loans must be provided by a taxpayer in his capacity as a shareholder in a participation within the meaning of Section 13. My opinion is that this condition must be interpreted to mean that the situation must involve affiliated entities, because bottomless pit loans can also exist between sister companies. Contrary to the first criterion, the other two criteria applicable to the conditions formulated for bottomless pit loans – that no value be attributed to the receivable and that it be clear to the creditor from the start that the loan will never be repaid in full – cannot easily be tested. Regarding the sham loan, the non-interest bearing aspect, the profit-dependency, and the subordinate nature of a loan do not have the status of an application condition, but merely fulfill warning function for discovering the contracting parties' actual intention. Factors indicative of a bottomless pit loan are negative equity and the debtor's poor expectations for the future. I prefer this circumspect classification, which is based on the actual facts and circumstances, to the classification based on an arbitrary criteria system. I consider any further statutory interpretation of these exceptions to be undesirable.

The Supreme Court has given further substance to the exception 'participating loan' (see BNB 1998/208). A loan is regarded as a participating loan if:

- the remuneration for the loan is profit-dependent;
- the debt is subordinated to all ordinary creditors; and
- the debt is not subject to a fixed term, but payable only on demand in the event of bankruptcy, etc.

In BNB 2006/82, the Supreme Court gave further substance to the first and third criteria. Partial profit dependency also falls under 'profit dependency'. The 'term' requirement is further defined: A loan subject to a term of more than 50 years also falls into this category. This more stringent interpretation brings with it possibilities to take advantage of cross-border classification differences, which means that the exception does not score well in terms of effectiveness.

In Chapter 4, I investigate hybrid-loan legislation set forth in Sections 10(1)(d), Section 10(2), 10(3), and 10(4). According to the legislature, hybrid loans are those that straddle the border between equity and loan capital. The legislature discourages taking out these loans by making the interest non-deductible. The profit-dependency of the remuneration and the term of the loan are especially important for answering the question of whether a loan qualifies as a hybrid loan. Loans that are not subject to any arm's length remuneration, or a remuneration that is considered to be insufficient, can also qualify as hybrid loans. The legislation governing hybrid loans does not codify the participating loan. A loan is more likely to qualify as a hybrid loan than a participating loan. Unlike a participating loan, a hybrid loan does not qualify as equity.

I consider the grounds for introducing and forming the hybrid-loan legislation to be weak. In Chapter 4, I also observe an excessively broad scope, a number of technical inadequacies, and lack of clarity. As such, the legislature must fundamentally reconsider this legislation. The 'Working on Profit' bill contains a proposal to repeal the hybrid-loan legislation. Although I endorse the repeal of this legislation, I believe that the grounds underlying this repeal are wrong. Furthermore, the legislature wrongfully upholds the deduction restrictions for certain loans with respect to which insufficient or no arm's length remuneration has been agreed upon. In the 'Working on Profit' bill, the legislature intends to codify the participating loan in more detail. My view is that it has been unsuccessful in its attempt.

Chapter 5: Alternative test for hybrid loans and loans that have been reclassified by case law

Loans within the meaning of BNB 1988/217, combined with a qualifying shareholding, fall under the scope of the participation exemption. It seems that the participation exemption does not apply in indirect situations (compare BNB 1995/271). My view, however, is that existing case law (BNB 2003/34 and BNB 2006/82) offers some room for a different standpoint, which I prefer because double taxation can be avoided. I believe an amendment of Section 13 on this point to be desirable. In the 'Working on Profit' bill, this is realized to a small degree for participating loans. Please note that indirect bottomless pit loans (for instance between sister companies) are adjusted through the parent company (compare BNB 1993/32).

Interest payments on hybrid loans are subject to dividend withholding tax, see Section 3(1)(f) of the Dutch Dividend Withholding Tax Act of 1965 ('DWTa'). After the 'Working on Profit' bill has passed into law, particularly the repeal of the hybrid-loan legislation, Section 3(1) of the DWTa will be meaningless and, as such, must be repealed. The DWTa contains no reference to loans reclassified by case law, but because these loans are considered as capital for corporate income tax purposes, my view is that this classification also applies for dividend withholding tax purposes, which means that Section 3(1)(a) of the DWTa applies.

In cross-border situations, loans reclassified as a result of case law and hybrid loans might be subject to:

- economic double taxation (and tax vacuums); and
- statutory double taxation (and tax vacuums).

Economic double taxation is the result of international classification differences. A mutual agreement procedure might offer a solution, but is often very time-consuming and its outcome is uncertain. The OECD has proposed a solution whereby in situations involving classification differences, the home State follows the source State's classification. The Netherlands has not adopted this approach. Statutory double taxation in an EU context has been mitigated considerably by the introduction of the Parent-Subsidiary Directive and the Interest & Royalty Directive. I find it troublesome that that hybrid loans in sister-company relationships fall under the scope of neither the Parent-Subsidiary Directive nor the Interest & Royalty Directive. Statutory double taxation is also prevented by double taxation treaties. Articles 10 and 11 of the OECD Model Tax Convention regulate the division of the States' right to levy tax on dividends and interest. As a general rule, the right to levy tax is designated to the home State, whereas the source State may levy a limited withholding tax, for which the home State must grant double taxation relief. The difference between Articles 10 (dividend) and 11 (interest) is relevant because of the potential differences in withholding tax percentages. A number of treaties based on the Dutch standard treaty deviate from the OECD Model Tax Convention with respect to the classification of loans. In Chapter 5, I conclude that Section 10(1)(d) is in line with EU law. This does not apply automatically apply to Section 13(3)(b). The provision might contravene EU law. Given the decisions rendered in the Schempp and Marks & Spencer cases, however, this is uncertain.

Chapter 6: Anti-tax base erosion legislation

The anti-tax-base-erosion legislation (Sections 10a, 14a, 14b, and 15ad) stems from case law on anti-tax base erosion. It partly codifies the rules and makes them more stringent. This legislation prevents the Dutch tax base from being eroded through artificial interest streams. This is because it is virtually impossible to set up tax base erosion structures, which erode the Dutch tax base for the benefit of tax havens or other losses not available for set-off, etc. The legislature has also created an obstacle to financing a company's own acquisition by creating an acquisition holding company structure and the BV 1/BV 2 structure. Section 10a is phrased so broadly that it also covers structures that do not involve improper use (i.e., the Section's scope is overly broad). The rebuttal rules do not always provide a remedy. For instance, the rebuttal rule of compensatory levy does not apply if the creditor has losses available for set-off. My view is that this is unjust, with the exception of situations involving excesses. The strict rebuttal rules can lead to economic double taxation, particularly in situations as those set forth in Section 10a(1). In the 'Working on Profit' bill, the difference between sub-Sections (1) and (2) is eliminated. Furthermore, I conclude that Sections 10a, and 15ad fail to satisfy the efficiency test. This is because certain elements in Section 10a and 15ad are phrased unclearly.

As a consequence of their paradox effects, Sections 10a and 15ad lack efficiency. This is because within the scope of Section 10d, these provisions stimulate initial financ-

ing with loan capital. In the 'Working on Profit' bill, the Deputy Minister makes certain elements in Section 10a more stringent. Among other things, the Deputy Minister proposes – in my view incorrectly – also bringing external acquisitions under the scope of Section 10a. The 'Working on Profit' bill repeals Section 15ad (acquisition holding companies and BV 1/BV 2 structures). The efficiency of the anti-tax-base-erosion legislation will be substantially less if it were to become clear that either Section 10a or Section 15ad, or both, conflict with EU law. I believe there is a good chance that this conflict will be identified, although a trend is visible to the advantage of Sections 10a and 15ad (compare with the decisions rendered in the Schempp and Marks & Spencer cases).

Chapter 7: The thin capitalization rules

Section 10d precludes interest deduction if, compared with its equity, a company is excessively loan-financed; in other words, if the company is too thinly capitalized. The introduction of these rules is a response to the ECJ's decision that the costs deduction restriction contained in Section 13(1) conflicts with EU law (Bosal Holding BV) and its purpose is to compensate a portion of the future loss of income resulting from that decision. My view is that the effect of Section 10d is unjust and overly broad. This is because according to the legislature the objective of Section 10d is to prevent the erosion of the Dutch tax base. However, Section 10d also applies in strictly Dutch situations, which leads to economic double taxation in the Netherlands. Section 10d can also lead to economic double taxation in cross-border situations. This is because (reasonable) taxation of the creditor does not constitute rebuttal evidence. Furthermore, Section 10d contains several technical deficiencies and structure problems. To a large degree, Section 10d attains its objective, i.e., it combats the erosion of the tax base. It is, however, possible to avoid or mitigate the consequences of Section 10d by presenting a higher amount in equity or lower amount in loan capital at the beginning and the end of the financial year. I believe an amendment of law is desirable to combat the manipulation of equity and loan capital around the balance sheet date. It is also possible to establish structures similar to that in the Sara Kreek case. This must be remedied for Section 10d (and Section 10a). In addition, I have observed that Section 10d has a somewhat complex effect and that certain concepts such as the concept of 'group' (within the meaning of Section 24b of Book 2 of the Dutch Civil Code) are not entirely clear. Finally, I observe that Section 10d might conflict with EU law.

Chapter 8; Section 1: Categorization and evaluation

In this Chapter, I set out the various interest-deduction restrictions and their shortcomings. I distinguish between the following deduction restrictions, which safeguard:

1. overall profit;
2. balance between personal income tax and corporate income tax;
3. non-Dutch tax regimes;
4. the system of Section 13(1), as the text read until January 1, 2004; and
5. the tax base.

The interest-deduction restrictions that fall into the category of restrictions that safeguard overall profit, safeguard the threshold between equity and loan capital. This category includes case law on the reclassification of loans in equity, particularly BNB 1988/217 and 1998/208 and the legislation governing hybrid loans. As a general rule, the objective of the restrictions that safeguard balance is to safeguard the balance between corporate income tax and personal income tax. The legislature has codified the balance decisions BNB 1996/299-300 in Section 10b. In my view, this is incorrect, because these decisions became obsolete with the introduction of Box III. In the 'Working of Profit' bill, however, this legislation is made more stringent. Non-Dutch tax regime safeguards are provisions such as Sections 8c and 15ad, whose objective is, among other things, to safeguard the tax base of other tax jurisdictions. Section 13(1) (as the text read until January 1, 2004) safeguarded the Dutch tax base against any defects in the participation exemption system. The ECJ ruled that this regime safeguard conflicted with EU law (Bosal Holding BV). With effect from January 1, 2004, the legislature replaced Section 13(1) with an additional tax base safeguard (Section 10d). Other important tax-base safeguards are Sections 10a and 15ad.

My conclusion is that the existing system of the treatment of remuneration for equity and loan capital approach has an unbalanced economic effect. Likewise, from a tax perspective, the current system – insofar as such a system exists – does not function optimally. This is because the interest deducting measures are not perceived as coherent system, but as a hodgepodge. In addition, the effects of the interest-deduction restrictions are often not entirely just, effective, or efficient. Furthermore, problems can arise with respect to treaties, EU law, dividend withholding tax, and the participation exemption. Given the poor score on the tax test, combined with the negative results of the economic test, my answer to the second part of the issue I address, '*Is the current system of treating equity, including the discrimination between the remuneration for equity as compared with the remuneration for loan capital, satisfactory?*' is no.

Chapter 8; Section 2: Several alternatives

I investigated which solutions can be incorporated into the current corporate income tax system. In this respect, I used the following premises, arising from professional economic literature:

- capital income must be taxed; and
- capital income must be taxed at source in the form of corporate income tax.

Given this description, I did not investigate solutions like a system of full integration and a consumption tax. Neither did I devote attention to possible solutions that are not directly related to the tax treatment of equity and loan capital, such as Home State Taxation, Common Base Taxation, and dual personal income tax. I do, however, address broad thin capitalization rules (combined with repealing other deduction restrictions), the repair and streamlining of the current system, and a general tax-rate reduction. None of these alternatives offer a fundamental solution to the existing problems, because they fail to eliminate the underlying problem. Within the scope of the alternative system, loan financing continues to be more attractive than equity-financing.

My opinion is that solutions such as a generally prohibiting interest deduction, removing group loans from the tax realm, and a deduction restriction with respect to interest owed to affiliated entities (except in situations in which the interest is subject to tax at a rate that is considered reasonable by Dutch standards) are also undesirable. I prefer a more balanced system in which both the remuneration for equity and that for loan capital are deductible. I prefer a deduction system of primary return (allowance for corporate equity) to a deduction of primary dividend and the deduction of deemed interest on equity and loan capital (irrespective of whether it is limited to group relationships).

Chapter 8; Section 3: Forming a system of deduction of primary return

In the deduction system of primary return that I propose, a 'normal remuneration' for the 'equity employed in the business' is charged to the profit. I believe that, theoretically, it is correct to grant a deduction based on the actual value of the assets. This is because hidden reserves also involve an 'opportunity cost of capital', for which, in principle, I believe a deduction should be granted. Using actual values as a premise, however, leads to a budget problem among other things. I therefore deem a deduction of primary return based on actual values unrealistic, and use the equity for tax purposes as a premise. In an economic sense, however, this is somewhat impure. I make several adjustments to this equity for tax purposes, for instance, for certain reserves for tax purposes and for participations (within the meaning of Section 13(1)). Taking the doctrine of arbitration into account, I take as the normal remuneration an interest payment comprising a remuneration for the putting funds at disposal risk-free, plus a risk mark-up. I deem it simple and, as such, advisable that all taxpayers apply the interest percentage on long-term government bonds.

One objection to a system in which primary return is deducted is that this system infringes on the doctrine of overall balance. The origin of this problem, however, lies not in the corporate income tax realm, but in the personal income tax realm. Moreover, the effect of deducting primary return in Dutch and non-Dutch relationships is unbalanced, if interest and dividends are treated differently at the level of the recipient. My view is that this problem need not be solved at the level of the company, but, – if desired – at the level of the shareholder. Another drawback of a system in which primary return is deducted is the budget implications.

In the 'Working on Profit' bill, the Deputy Minister opted for a tax cut instead of a deduction of primary return. Unlike a tax cut, a deduction or primary return is pure in an economic sense in terms of the financing decision, which means that one of the existing corporate income tax distortions will be eliminated. Furthermore, in a pure system of deduction of primary return, the marginal investment decision will no longer be disturbed. Professional economic literature shows that, in a closed economy or in the situation of tax coordination, a deduction of primary return (ACE) leads to a higher level of investment than a tax cut. It is unclear what the consequences are for a small, open economy. It is, however, clear that if a deduction of primary return is financed by increasing tax rates (or a lower tax cut), the mitigation of the distortion of the financing choice and the mitigation of the distortion of the savings and in-

vestment choice is contrasted by an increase in international distortions (choice of location and profit allocation). Nevertheless, I believe it is conceivable that the narrowing of the tax base – like a tax cut – can have a positive effect on the effective rate. The 'Working on Profit' bill fails to fundamentally address the issue of the difference in tax treatment of equity and loan capital; only certain existing provisions are clarified to a limited extent and made more stringent to a limited extent. It is unclear to me why the Deputy Minister prefers a general tax cut, combined with upholding the hodgepodge of interest-deduction restrictions, to a more fundamental reform, such as the introduction of system of a deduction of primary return. In my opinion, the legislature bears the 'burden of proving' that a tax cut has more positive affects from an economic and tax perspective, than a fundamental solution such as a deduction of primary return.

Conclusion

Subject to the preconditions I stated, a system of deduction of primary return provides for neutrality between equity-financing and loan-financing, from a tax perspective. Such a system is just, effective and efficient, provided that that issues meriting attention that I have observed, such as an adjustment for participations, are taken into account. In a system of deduction of primary return, the existing interest-deduction restrictions can be repealed without causing any problems. In this respect, this system is easier to implement and enforce. If dividend withholding tax is also abolished, complete neutrality will exist with respect to the remuneration on the liabilities side of a company's balance sheet. My conclusion is that the introduction of a system in which primary return is deductible will lead to the most balanced system in terms of the tax treatment of loan capital and equity.

BIJLAGE A

Uitgangspunten									
primair rendement (p.r.) = rentepercentage									
percentage uitdeling door M is 100									
percentage uitdeling door M is 100									
primair rendement met dnv				primair rendement inperking dnv				Huidig	
1.000,00				1.000,00				0,00	
moeder met EV				0,00				1.000,00	
0,00				1.000,00				0,00	
dochter met VV				0,00				1.000,00	
0,00				1.000,00				0,00	
dochter met VV				0,00				1.000,00	
0,00				1.000,00				0,00	
Rentepercentage				10,00				10,00	
Winst D voor aftrek p.r.				1.000,00				1.000,00	
0,00				0,00				0,00	
Overige winst M				29,60				29,60	
VPI Tarief									
Winst D na rente				1.000,00				900,00	
Winst D na aftrek p.r. en rente				900,00				900,00	
Belasting D				266,40				266,40	
Winst D na belasting				733,60				633,60	
Winstuitdeling door D				733,60				633,60	
Percentage uitdeling D				100,00				633,60	
Winst M voor aftrek p.r. dnv, rentelasten/baten				733,60				100,00	
Interestaan				0,00				733,60	
Winst M voor aftrek p.r. dnv, rentelasten				733,60				100,00	
Rentelasten				0,00				633,60	
Deelnemingsvrijstelling				733,60				0,00	
Winst na dnv en rentelasten voor p.r.				100,00				0,00	
Primair rendement:				0,00				0,00	
Vermogen M met correctie vermogen D				0,00				0,00	
Primair rendement:				0,00				0,00	
Winst M na aftrek p.r. voor belasting				100,00				0,00	
Belasting				0,00				0,00	
Winst M na belasting				70,40				0,00	
Totale winst na belasting				733,60				633,60	
Totale belasting op niveau M + D				266,40				266,40	
Winstuitdeling				704,00				633,60	
Percentage uitdeling M				100,00				100,00	
Betaalde rentebaten				0,00				0,00	
Financiering M									
Financiering D		EV		1.000,00		EV		1.000,00	
Belasting over dividend en rente		Tarief		dividend		EV		EV	
Box 1		32,00		0,00		360,08		360,08	
Box 2 (rente is TBS, box 1)		2,00		381,47		0,00		381,47	
Box 3		1,20		12,00		0,00		12,00	
Vrijgesteld		0,00		0,00		12,00		12,00	
Vermogensbelasting: wel dnv		29,60		0,00		0,00		0,00	
Vermogensbelasting: geen dnv		187,55		0,00		0,00		0,00	
Buitenland + heffing toegewezen aan bui.		35,00		256,76		0,00		256,76	
Buitenland tax haven		0,00		0,00		0,00		0,00	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal		381,47		381,47		381,47		381,47	
Totaal		447,87		447,87		447,87		447,87	
Subtotal									

BIJLAGE B

Tabel 1

Uitgangspunten

percentage uitdeling door D is 100

percentage uitdeling door M is 100
M/inst Dic 1000

0001-2169/98/0005-0000\$05.00/0

HUIDIGE STELSEL (IN FORMAT AFTREK PRIMAIR RENDEMENT)

[illegible]

Tabel 3

Uitgangspunten

percentage uitsluiting door D is 100

percentage uitsluiting door M is 100

Winst D is 1000

Uiteindelijke aandeelhouder met 100% EV gefinancierd

STELSEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

moeder met EV

moeder met VV

dochter met EV

dochter met VV

primair rendement

Rentepercentage

Winst M voor aftrek p.r.

Overige winst M

VPB Tarief

Winst D na rente

Winst D na aftrek p.r. rente

Belasting D

Winst D na belasting

Winstuitleiding door D

Winst M voor aftrek p.r. D

Winst M voor aftrek p.r. dmv, rentelasten/baten

Interesselasten

Winst voor aftrek p.r., dmv en rentelasten

Rentelasten

Deelnameverrijsting

Winst na dmv, rentelasten voor p.r.

Primair rendement:

Vermogen M met correctie vermogen D

Primair rendement:

Winst M na aftrek p.r. voor bel.

Belasting

Winst M na belasting

Totale winst na belasting

Totale belasting op niveau M + D

Winstuitleiding

Percentage uitsluiting M

Betaalde rentelasten

Financiering M

Financiering D

Heffing over dividend + rente

Box 1

Box 2 (rente is 10%, box 1)

Vrijgesteld

Vennootschapsbelasting: wel dmv

Vennootschapsbelasting: geen dmv

Buitenland + heffing toegewezen aan bui.

Buitenland tax haven

Totaal primair rendement

EV aandeelhouder voor correctie EV M

EV aandeelhouder voor correctie EV M

1000,00

0,00

1000,00

0,00

1000,00

0,00

4,00

10,00

1000,00

0,00

29,60

900,00

900,00

284,16

633,60

715,84

633,60

715,84

0,00

100,00

733,60

0,00

100,00

633,60

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

1000,00

0,00

1000,00

0,00

4,00

10,00

1000,00

0,00

29,60

900,00

900,00

284,16

715,84

715,84

715,84

0,00

715,84

0,00

100,00

715,84

0,00

633,60

284,16

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

1000,00

0,00

0,00

1000,00

0,00

4,00

10,00

1000,00

0,00

29,60

900,00

900,00

284,16

715,84

715,84

715,84

0,00

715,84

0,00

100,00

715,84

0,00

633,60

284,16

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

1000,00

0,00

1000,00

0,00

4,00

10,00

1000,00

0,00

29,60

900,00

900,00

284,16

715,84

715,84

715,84

0,00

715,84

0,00

100,00

715,84

0,00

633,60

284,16

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

0,00

Tabel 4
Uitgangspunten
percentage uitdeling door D is 100
percentage uitdeling door M is 100
Winst D is 1000
Uitendlijke aandeelhouder met 100% EV gefinancierd
STELSEL AFREK PRIMAIR RENDEMENT

moeder met EV	1000,00	0,00	1000,00	1000,00	0,00	0,00
moeder met VV	0,00	1000,00	1000,00	1000,00	0,00	1000,00
dochter met EV	1000,00	0,00	1000,00	1000,00	0,00	1000,00
dochter met VV	0,00	1000,00	1000,00	1000,00	0,00	1000,00
primair rendement	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00	6,00
Rentepercentage	8,00	8,00	8,00	8,00	8,00	8,00
Winst D voor afrek p.r.	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00
Overige winst M	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
VPB Tarief	29,68	29,68	29,68	29,68	29,68	29,68
Winst D na rente	920,00	1000,00	1000,00	1000,00	920,00	920,00
Winst D na afrek p.r. rente	920,00	940,00	940,00	940,00	920,00	920,00
Belasting D	-272,32	-278,24	-278,24	-278,24	-272,32	-272,32
Winst D na belasting	647,68	721,76	721,76	721,76	647,68	647,68
Winstuitdeling door D	647,68	721,76	721,76	721,76	647,68	647,68
Percentage uitdeling D	100,00	721,76	721,76	721,76	647,68	647,68
Winst voor afrek p.r., dnv, rentelasten/baten	80,00	0,00	0,00	0,00	80,00	80,00
Winst voor afrek p.r., dnv en rentelasten	727,68	721,76	721,76	721,76	727,68	727,68
Rentelasten	0,00	80,00	80,00	80,00	0,00	80,00
Deelnemingsvrijstelling	647,68	-721,76	-721,76	-721,76	647,68	647,68
Winst na dnv, rentelasten voor p.r.	80,00	-80,00	-80,00	-80,00	0,00	0,00
Primair rendement:						
Vermogen M met correctie vermogen D	1000,00	-1000,00	-1000,00	-1000,00	0,00	0,00
Primair rendement:						
Winst M na afrek p.r. voor bel.	20,00	-20,00	-20,00	-20,00	0,00	0,00
Belasting	-5,92	-5,92	-5,92	-5,92	0,00	0,00
Winst M na belasting	14,08	-14,08	-14,08	-14,08	0,00	0,00
Totale winst na belasting	721,76	647,68	647,68	647,68	721,76	647,68
Totale belasting op niveau M + D	278,24	272,32	272,32	272,32	278,24	272,32
Winstuitdeling	721,76	647,68	647,68	647,68	721,76	647,68
Percentage uitdeling M	100,00	721,76	721,76	721,76	647,68	647,68
Betaalde rentelasten	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Financiering M	EV	1000,00	1000,00	1000,00	EV	1000,00
Financiering D	EV	0,00	0,00	0,00	EV	0,00
Heffing over dividend + rente	Tarief	dividend	rente	sub totaal	dividend	rente
Box 1	52,00	375,32	0,00	375,32	375,32	0,00
Box 2 (rente is TBS, box 1)	25,00	180,44	0,00	180,44	180,44	0,00
Box 3	1,20	12,00	0,00	12,00	12,00	0,00
Winstuitdeling	79,20	567,76	0,00	567,76	567,76	0,00
Vermogensbelasting: wel dnv	29,60	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Vermogensbelasting: geen dnv	29,60	195,88	0,00	195,88	195,88	0,00
Vermogensbelasting: geen dnv	35,00	252,62	0,00	252,62	252,62	0,00
Buitenland + heffing toegewezen aan bui.	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Buitenland tax haven	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Tax v. primair rendement	6,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Primair rendement	1000,00	6,00	6,00	6,00	1000,00	6,00
EV aandeelhouder voor correctie EV M						

Tabel 5

Uitgangspunten

Percentage uitdeling door D is 100
Percentage uitdeling door M is 100
Winst D is 1000
Uiteindelijke aandeelhouder met 100% EV gefinancierd

STELSEI AFREK PRIMAIR RENDEMENT

moeder met EV	1000,00	0,00	1000,00	0,00
moeder met VV	0,00	1000,00	0,00	1000,00
dochter met EV	0,00	1000,00	0,00	1000,00
dochter met VV	1000,00	0,00	0,00	1000,00
primair rendement	6,50	6,50	6,50	6,50
Winst D na belasting	1000,00	0,00	1000,00	0,00
Winst M na belasting	0,00	1000,00	0,00	1000,00
Overige winst M	0,00	0,00	0,00	0,00
VPB Tarief	29,60	29,60	29,60	29,60

Winst D na rente	925,00	1000,00	925,00	925,00
Winst D na afrekk p.r. rente	925,00	935,00	935,00	925,00
Belasting D	273,80	276,76	276,76	273,80
Winst D na belasting	651,20	723,24	723,24	651,20
Winstuitdeling door D	651,20	723,24	723,24	651,20
Percentage uitdeling D	100,00	723,24	723,24	651,20
Winst M voor afrekk p.r. dnv, rentelasten/baten	723,24	723,24	723,24	726,20
Interestbaten	726,20	0,00	0,00	726,20
Winst voor afrekk p.r. dnv en rentelasten	0,00	726,20	726,20	75,00
Rentelasten	0,00	75,00	75,00	0,00
Deelnemingsvrijstelling	651,20	723,24	723,24	651,20
Winst na dnv, rentelasten voor p.r.	75,00	-75,00	0,00	0,00

Primair rendement:	1000,00	65,00	-1000,00	-65,00
Vermogen M met correctie vermogen D	65,00	0,00	0,00	0,00
Primair rendement:	10,00	0,00	-10,00	0,00
Belasting	2,95	-2,95	-2,95	0,00
Winst M na belasting	7,04	-7,04	0,00	0,00

Totale winst na belasting	723,24	651,20	723,24	651,20
Totale belasting op niveau M + D	276,76	273,80	276,76	273,80

Winstuitdeling	100,00	723,24	723,24	651,20
----------------	--------	--------	--------	--------

Percentage uitdeling M	0,00	75,00	0,00	75,00
Betalde rentelasten	0,00	0,00	0,00	0,00

STELSEI PRIMAIR RENDEMENT				
Financiering M	EV	EV	EV	EV
Financiering D	EV	EV	EV	EV
Belasting over dividend + rente	dividend	rente	sub total	total
Box 1 (rente is THS, box 1)	52,00	376,08	0,00	428,08
Box 2 (rente is THS, box 1)	2,00	194,84	0,00	206,84
Box 3	1,20	12,00	0,00	13,20
Vrijgesteld	0,00	0,00	0,00	0,00
Vennootschapsbelasting: wel dnv	29,60	0,00	0,00	29,60
Vennootschapsbelasting: geen dnv	29,60	194,84	0,00	224,44
Autenland + heffing toegewezen aan bui.	35,00	253,13	0,00	288,13
Belasting op dividend	0,00	0,00	0,00	0,00
THS, primair rendement	0,00	0,00	0,00	0,00
primair rendement	6,50	276,76	276,76	283,26
EV aandeelhouder voor correctie EV M	1000,00	273,80	273,80	1273,80

Tabel 6
Litografi nomor 1

percentage uitdeling door D is 100

percentage uitdeling door D is 100

Winst D is 1000

Uiteindelijk kan de aandeelhouders met 100% EV geïnancierd

STELSEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

[illegible]

[illegible]

Uitgangspunten
 primair rendement (p.r.) = rentepercentage
 percentage uitdeling door D is 60
 percentage uitdeling door M is 100
 Winst D is 1000

Uiteindelijk aandeelhouder met 100% EV gefinancierd

STELSEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

[illegible][illegible]

Tabel 9

Uitgangspunten
primaar rendement (p.r.) = rentepercentage
percentage uitdeling door D is 100
percentage uitdeling door M is 100
Winst D is 1000
Uiteindelijke aandeelhouder niet 100% EV gefinancierd

STIESEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

moeder met EV	1000,00	0,00	0,00	1000,00	0,00	0,00
dochter met VV	0,00	1000,00	1000,00	0,00	1000,00	1000,00
primaar rendement	1000,00	0,00	0,00	10,00	1000,00	1000,00
Winst D voor aftrek p.r.	1000,00	0,00	0,00	1000,00	1000,00	1000,00
Overige winst M	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00
VPB Tarief	29,60	29,60	29,60	29,60	29,60	29,60
Winst D na rente	900,00	1000,00	1000,00	900,00	1000,00	900,00
Winst D na aftrek p.r. rente	900,00	900,00	900,00	900,00	900,00	900,00
Belasting D	266,40	266,40	266,40	266,40	266,40	266,40
Winst D na belasting	633,60	733,60	733,60	633,60	733,60	633,60
Winstuitdeling door D	633,60	733,60	733,60	633,60	733,60	633,60
Percentage uitdeling D	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Winst M voor aftrek p.r. dmv. rentelasten/baten	3633,60	3733,60	3733,60	3633,60	3733,60	3633,60
Interestbaten	100,00	0,00	0,00	100,00	0,00	100,00
Winst voor aftrek p.r. dmv en rentelasten	3733,60	3733,60	3733,60	3733,60	3733,60	3733,60
Belastingen	0,00	100,00	100,00	0,00	100,00	100,00
Deelnemingsvrijstelling	633,60	733,60	733,60	633,60	733,60	633,60
Winst na dmv. rentelasten voor p.r.	3100,00	2900,00	2900,00	3100,00	3000,00	3000,00
Primaar rendement:	1000,00	-1000,00	-1000,00	0,00	0,00	0,00
Vermogen M met correctie vermogen D	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00
Primaar rendement:	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00
Winst M na aftrek p.r. voor bel.	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00
Belasting	888,00	888,00	888,00	888,00	888,00	888,00
Winst M na belasting	2112,00	2112,00	2112,00	2112,00	2112,00	2112,00
Totale winst na belasting	2845,60	2845,60	2845,60	2845,60	2845,60	2845,60
Totale belasting op niveau M + D	1154,40	1154,40	1154,40	1154,40	1154,40	1154,40
Winstuitdeling	100,00	2845,60	2745,60	2845,60	2745,60	2745,60
Percentage uitdeling M	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Percentage rentelasten	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

STIESEL PRIMAIR RENDEMENT									
Financiering M		EV		EV		EV		EV	
Financiering D		dividend		dividend		dividend		dividend	
Hedging over dividend + rente		rente		rente		rente		rente	
Box 1 (rente is TBS, box 1)		sub-totaal		sub-totaal		sub-totaal		sub-totaal	
Box 3 (rente is TBS, box 1)		total		total		total		total	
52,00	1427,71	0,00	1427,71	52,00	1427,71	0,00	1427,71	52,00	1427,71
1,20	7,14	0,00	7,14	1,20	7,14	0,00	7,14	1,20	7,14
1,20	12,00	0,00	12,00	1,20	12,00	0,00	12,00	1,20	12,00
Vrijgesteld	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Vennootschapsbelasting: wel dmv	29,60	0,00	0,00	29,60	0,00	0,00	0,00	29,60	0,00
Vennootschapsbelasting: geen dmv	29,60	812,70	812,70	29,60	812,70	812,70	812,70	29,60	812,70
Buitenland + heffing toegewezen aan bui.	35,00	955,96	955,96	35,00	955,96	955,96	955,96	35,00	955,96
Totale belastingen	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
T.b.v. primaar rendement	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00
EV aandeelhouder voor correctie EV M	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00

Tabel 10

Uitgangspunten
primaar rendement (p.r.) = rentepercentage
percentage uitdeling door D is 100
percentage uitdeling door M is 100
Winst D is 1000
Uitendelijke aandeelhouder met 100% EV gefinancierd

STELSEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

moeder met EV	2400,00	1200,00	3300,00	400,00
dochter met EV	1600,00	2800,00	4400,00	700,00
dochter met EV	1000,00	1000,00	2000,00	250,00
dochter met EV	1000,00	0,00	600,00	10,00
primaar rendement	10,00	10,00	10,00	10,00
Rentepercentage	1000,00	1000,00	1000,00	1000,00
Winst D voor aftrek p.r.	3000,00	3000,00	3000,00	3000,00
overige winst M	250,00	250,00	250,00	250,00
VFB tarief				
Winst D na rente	900,00	1000,00	940,00	975,00
Winst D na aftrek p.r. - rente	900,00	900,00	900,00	900,00
Belasting D	-266,40	-266,40	-266,40	-266,40
Winst D na belasting	633,60	733,60	673,60	708,60
Winstuitdeling door D	633,60	733,60	673,60	708,60
Percentage uitdeling D	100,00			
Winst D na aftrek p.r., dnv, rentelasten) baten	3673,60	3773,60	3673,60	3708,60
inrekenen	-100,00	0,00	60,00	-25,00
Winst voor aftrek p.r., dnv en rentelasten	3773,60	3773,60	3773,60	3773,60
Rentelasten	160,00	280,00	70,00	360,00
Deelnemingsvrijstelling	-833,00	-2720,00	-673,00	-708,60
Winst na dnv, rentelasten voor p.r.	2940,00		2990,60	2065,00
Primaar rendement:				
Vermogen M met correctie vermogen D	2400,00	200,00	2900,00	-350,00
Primaar rendement:				
Winst M na aftrek p.r. voor bel.	2700,00	2700,00	2700,00	2700,00
Belasting	-799,20	-799,20	-799,20	-799,20
Winst M na belasting	1900,80	1900,80	1900,80	1900,80
Totale winst na belasting	2774,40	2654,40	2864,40	2574,40
Totale belasting op niveau M + D	1065,60	1065,60	1065,60	1065,60
Winstuitdeling	2774,40	2654,40	2864,40	2574,40
Percentage uitdeling M	100,00			
Betalde rentebaten				

STELSEL PRIMAIR RENDEMENT		STELSEL PRIMAIR RENDEMENT		STELSEL PRIMAIR RENDEMENT		STELSEL PRIMAIR RENDEMENT	
Financiering M	EV	Financiering M	EV	Financiering M	EV	Financiering M	EV
Financiering D	EV	Financiering D	EV	Financiering D	EV	Financiering D	EV
heffing over dividend + rente	Tarief	heffing over dividend + rente	Tarief	heffing over dividend + rente	Tarief	heffing over dividend + rente	Tarief
Box 1	52,00	1442,69	83,20	1525,89	2591,49	1874,80	187,20
Box 2 (rente is TBS, box 1)	25,00	693,60	145,60	809,20	1874,80	187,20	830,80
Box 3	1,20	28,80	19,20	40,00	1113,60	643,60	48,00
Winstuitdeling	29,60	41,44	47,36	88,80	1154,40	47,76	88,80
Vennootschapsbelasting: wel dnv	29,60	41,44	47,36	88,80	1154,40	47,76	88,80
Vennootschapsbelasting: geen dnv	29,60	791,62	47,36	838,98	1904,58	732,42	106,56
Buitenland + heffing toegewezen aan bui.	35,00	971,04	56,00	1027,04	2092,64	901,04	1027,04
Buitenland tax haven	0,00	0,00	0,00	0,00	1005,60	0,00	0,00
T.t.v. primaar rendement							
Primaar rendement	10,00						
EV aandeelhouder voor correctie EV M	1000,00						

Tabel 11

Uitgangspunten
 primair rendement (p.r.) = rentepercentage
 percentage uitdeling door D is 100
 percentage uitdeling door M is 100
 Winst D is 1000

STELSEL AFTREK PRIMAIR RENDEMENT

[illegible]

HUIDIGE STELSEL

[illegible]

BIJLAGE C

Casus A

Uitgangssituatie: alle vennootschappen zijn gevestigd in Nederland
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	310	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
D2 bv	60										
Activa	150										
	310		310		100		100		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	10				0		0				10
M bv	15				0		0				15
											31

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	310	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Vordering	60			D 2 bv	60	Schuld	60				
Activa	150										
	310		310		160		160		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	4				6		0				10
M bv	21				0		6				15
											31

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde plus goodwill

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	310	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Vordering	100	Winst	40	D 2 bv	100	Schuld	100				
Activa	150										
	350		350		200		200		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	0				10		0				10
M bv	25				0		10				15
											31

Uitgangssituatie: M bv is gevestigd in een tax haven
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	310	Aktiva	100	EV	100	Aktiva	60	EV	60
D2 bv	60										
Aktiva	150										
	310		310		100		100		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	10				0		0				10
tax haven M bv	0				0		0				0
											16

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	310	Aktiva	100	EV	100	Aktiva	60	EV	60
Vordering	60			D 2 bv	60	Schuld	60				
Aktiva	150										
	310		310		160		160		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	4				6		0				10
tax haven M bv	0				0		0				0
											16

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde plus goodwill

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	310	Aktiva	100	EV	100	Aktiva	60	EV	60
Vordering	100	Winst	40	D 2 bv	100	Schuld	100				
Aktiva	150										
	350		350		200		200		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	0				10		0				10
tax haven M bv	0				0		0				0
											16

Bijlage C

Casus B

Uitgangssituatie: alle vennootschappen zijn gevestigd in Nederland
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
D2 bv	60										
Activa	0										
	160		160		100		100		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0				0		
D1 bv	10				0				0		
M bv	0				0				0		
								Saldo			
								6			
								10			
								0			
								16			

Situatie na interne verhangning: verkoopprijs is intrinsieke waarde

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Vordering	60			D 2 bv	60	Schuld	60				
Activa	0										
	160		160		160		160		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0				0		
D1 bv	4				6				0		
M bv	6				0				6		
								Saldo			
								6			
								10			
								0			
								16			

Situatie na interne verhangning: verkoopprijs is intrinsieke waarde plus goodwill

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Vordering	100	Winst	40	D 2 bv	100	Schuld	100				
Activa	0										
	200		200		200		200		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0				0		
D1 bv	0				10				0		
M bv	10				0				10		
								Saldo			
								6			
								10			
								0			
								16			

Uitgangssituatie: M bv is gevestigd in een tax haven
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
D2 bv	60										
Activa	0										
	160		160		100		100		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	10				0		0				10
tax haven M bv	0				0		0				0
											16

Situatie na interne verhang: verkoopprijs is intrinsieke waarde

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Vordering	60			D 2 bv	60	Schuld	60				
Activa	0										
	160		160		160		160		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	4				6		0				10
tax haven M bv	0				0		0				0
											16

Situatie na interne verhang: verkoopprijs is intrinsieke waarde plus goodwill

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Vordering	100	Winst	40	D 2 bv	100	Schuld	100				
Activa	0										
	200		200		200		200		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				6
D1 bv	0				10		0				10
tax haven M bv	0				0		0				0
											16

Bijlage C

Casus C

Uitgangssituatie: alle vennootschappen zijn gevestigd in Nederland

rente = primair rendement=10%

de interne verhangings wordt door D 1 gefinancierd bij een verbonden lichaam in een tax haven

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Aktiva	100	EV	100	Aktiva	60	EV	60
D2 bv	60										
Aktiva	0										
	160		160		100		100		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0				0		
D1 bv	10				0				0		
M bv	0				0				0		
										Saldo	
											6
											10
											0
											16

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde

er wordt geleend van een tax haven

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Aktiva	100	EV	100	Aktiva	60	EV	60
Kas	60			D 2 bv	60	Schuld	60				
Aktiva	0										
	160		160		160		160		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0				0		
D1 bv	4				6				0		
M bv	6				0				0		
										Saldo	
											6
											10
											6
											22
Opbrengst kas M bv											6
											16

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde plus goodwill

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	160	Aktiva	100	EV	100	Aktiva	60	EV	60
Kas	100	Winst	40	D 2 bv	100	Schuld	100				
Aktiva	0										
	200		200		200		200		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0				0		
D1 bv	0				10				0		
M bv	10				0				0		
										Saldo	
											6
											10
											10
											26
Opbrengst kas M bv											10
											16

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde
er wordt geleend van een tax haven

Gelden M bv worden terugbetaald aan tax haven

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	100	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Kas	0			D 2 bv	60	Schuld	60				
Activa	0										
	100		100		160		160		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				Saldo
D1 bv	4				6		0				6
M bv	0				0		0				10
											0
											16

Situatie na interne verhangings: verkoopprijs is intrinsieke waarde plus goodwill

M bv				D1 bv				D2 bv			
D1 bv	100	EV	60	Activa	100	EV	100	Activa	60	EV	60
Kas	0	Winst	40	D 2 bv	100	Schuld	100				
Activa	0										
	100		100		200		200		60		60
Aftrek primair rendement				Renteaftrek				Heffing over rentebaten			
D2 bv	6				0		0				Saldo
D1 bv	0				10		0				6
M bv	0				0		0				10
											0
											16

Bijlage C

Casus D

Uitgangssituatie: alle vennootschappen zijn gevestigd in Nederland
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv			
Aktiva	290	EV	590	Aktiva	100	EV	300
D1 bv	300			Kas	200		
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	30	0	0	30
M bv	29	0	0	29
				59

Situatie na schuldigblijven van dividend

M bv				D1 bv			
Aktiva	290	EV	590	Aktiva	100	EV	0
Vordering	300			Kas	200	Schuld M	300
D1 bv	0						
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	0	30	0	30
M bv	59	0	30	29
				59

Uitgangssituatie: M bv is gevestigd in een tax haven
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv			
Aktiva	290	EV	590	Aktiva	100	EV	300
D1 bv	300			Kas	200		
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	30	0	0	30
tax haven M bv	0	0	0	0
				30

Situatie na schuldigblijven van dividend

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	590	Activa	100	EV	0
Vordering	300			Kas	200	Schuld M	300
D1 bv	0						
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	0	30	0	30
tax haven M bv	0	0	0	0
				30

Uitgangssituatie: alle vennootschappen zijn gevestigd in Nederland
 rente = primair rendement=10%
 er wordt door M bv schuldiggebleven aan een tax haven

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	590	Activa	100	EV	300
D1 bv	300			Kas	200		
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	30	0	0	30
M bv	29	0	0	29
				59

Situatie na schuldigblijven van dividend

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	0	Activa	100	EV	300
		Schuld GM	590	Kas	200		
D1 bv	300						
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	30	0	0	30
M bv	-30	59	0	29
				59

Bijlage C

Casus E

Uitgangssituatie: alle vennootschappen zijn gevestigd in Nederland
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	590	Activa	100	EV	300
D1 bv	300			Kas	200		
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	30	0	0	30
M bv	29	0	0	29
				59

Situatie na schuldig gebleven kapitaalstorting

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	590	Activa	100	EV	590
		Schuld	290	Kas	200		
D1 bv	590			Vordering	290		
	880		880		590		590

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	59	0	29	30
M bv	0	29	0	29
				59

Uitgangssituatie: D bv is gevestigd in een tax haven
rente = primair rendement=10%

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	590	Activa	100	EV	300
D1 bv	300			Kas	200		
	590		590		300		300

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	0	0	0	0
M bv	29	0	0	29
				29

Situatie na schuldig gebleven kapitaalstorting

M bv				D1 bv			
Activa	290	EV	590	Activa	100	EV	590
		Schuld	290	Kas	200		
D1 bv	590			Vordering	290		
	880		880		590		590

	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
D1 bv	0	0	0	0
M bv	0	29	0	29
				29

Casus F

Overnameholding met buitenlandse grootmoeder/crediteur
rente = primair rendement=10%

Situatie voor overname

																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																																											</
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	----

Overnameholding
Financiering met EV

Situatie na overname en voor fiscale eenheid

	Overnameholding bv			Werk bv	
Werk bv	300	EV	300	Activa	300
				EV	300
	<u>300</u>		<u>300</u>		<u>300</u>
	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo	
D1 bv	30	0	0	30	
OH bv	0	0	0	0	
				<u>30</u>	

Situatie na overname en voor fiscale eenheid

	FE			
Activa	300	EV	300	
	300		300	

FE	Aftrek primair rendement	Renteaftrek	Heffing over rentebaten	Saldo
	30	0	0	30

Overnameholding
Financiering met VV

Situatie na overname en voor fiscale eenheid

		Overnameholding bv			Werk bv		
Werk bv	300	EV	0	Activa	300	EV	300
		Schuld GM	300				
	<u>300</u>		<u>300</u>		<u>300</u>		<u>300</u>
		Aftrek primair rendement	Renteaftrek		Heffing over rentebaten		Saldo
Werk bv	30		0		0		30
OH bv	-30		30		0		<u>0</u>
							30

Bijlage C

Situatie na overname en voor fiscale eenheid

	FE		
Activa	300	Schuld GM	300
	300		300

FE	Aftrek primair rendement 0	Renteaftrek 30	Heffing over rentebaten 0	Saldo 30
----	-------------------------------	-------------------	------------------------------	--------------------

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR EN JURISPRUDENTIE

Hoofdstuk 1

Literatuur

- Nota werken aan winst, naar en laag tarief en een brede grondslag, april 2005
- Aardema, E. Enkele aantekeningen bij het kapitaalbegrip enige belastingen, WFR 1986/817
- Cnossen, S. Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979
- Cnossen, S. Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871
- Cnossen, S. The role of the corporation Tax in OECD Member Countries, Head, J. and Krever, R. (red.), Company Tax systems, Fiscal publications, Melbourne, 1996
- De Haan, P.M.; Perik, R.G.M. & Van Schijndel, M.P. Fiscale actualiteiten nr. 28, Winstdrainage en concernfinanciering, Fed, Deventer, 1997
- Michielse, G.M.M. Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer 1994
- Sillivis, L.W. & De Vries, N.H. Cursus belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer
- Stevens, L.G.M. Elementair Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2004

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 8 juli 1986, BNB 1986/295
- HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300
- HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
- HR 25 november 2005, V-N 2005/58.19
- HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83

Europees Hof van Justitie

- HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal)

Hoofdstuk 2

Literatuur

- Nota inzake de algemene herziening van de belastingwetgeving, brief van 23 juli 1960
- Van Aalst, P.C.; Van den Bergh, W.M. e.a. Financiering en Belegging deel 1, Rhoeobeta Consultants, Schiedam, 1997
- Aardema, E. Enkele aantekeningen bij het kapitaalbegrip enige belastingen (I), WFR 1986/5734
- Albert, P.H.G. Over onttrekkingen, winstuitdelingen en toetsing van ondernemers-beleid, FED 1995/826
- Albert, P.H.G. Winstgemis, Editiones Princeps, Koninklijke Vermande BV, Lelystad, 1995
- Albert, P.H.G. Het renpaardenarrest en de heffing van inkomstenbelasting, WFR 2003/1044
- Baumol, W.J.; Heim P. e.a. Earnings Retention, New Capital and the Growth of the Firm, Review of Economics and Statistics, 1970/4
- Den Boer, P. Discussienota inzake de zogenaamde economische dubbele heffing, WFR 1970/1027
- Bouwman, J.N. Cessna-kosten of niet voor lichamen onderworpen aan artikel 2, vijfde lid, Wet Vpb 1969, WFR 2002/6508
- Brealey, R.A. & Myers, S.C. Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996
- Cnossen, S. Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871
- Cnossen, S. Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979
- Cnossen, S. Duale inkomstenbelasting: een beter alternatief, discussiepaper in het kader van het seminar 'Belastingherziening 2001; politiek en wetenschap in debat', 10 december 1999, OCFEB/EUR
- Cnossen, S. & Bovenberg, A.L. Hoe moet kapitaalinkomen worden belast, discussiepaper in het kader van het seminar 'Belastingherziening 2001; politiek en wetenschap in debat', 10 december 1999, OCFEB/EUR
- Van Dijck, J.E.A.M. Deregulering in het belastingrecht, WFR 1983/854
- Haberham, A.M. Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993
- Hemels, S.J.C. Giftenaftrek: het fantoom van de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/60
- Hemels, S.J.C. Door de muze omhelsd, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005
- Hofstra, H.J. Algemene belastingherziening, WFR 1962/173
- Hoogendoorn, J. Lening en kapitaalverstrekking, Fiscale miniaturen, Fed, Deventer, 1978
- Kemmeren, E.C.C.M. & Nuijten, O.L.J. Renpaardenarrest rijden Cessna's niet in de wielen en leiden niet tot een spooktocht, WFR 2003/739
- Kok, Q.W.J.C.H. Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88
- Meussen, G.T.K. Onttrekkingen in de vennootschapsbelasting, TFO 1995/136

- Michielse, G.M.M. Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994
- Miller, M.H. & Modigliani, F. The cost of capital, corporate finance, and the theory of investment, American Economic Review, Vol. 48, 1958, nr. 3
- Miller, M.H. & Modigliani, F. Dividend Policy, Growth and the Valuation of Shares, Journal of Business, nr. 34, 1961
- Molenaars, M.L. De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071
- De Mooij, R.A. Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?, Rotterdam, 2003
- Musgrave, R.A. & Musgrave, P.B. Public Finance in Theory and Practice, McGraw-Hill Book Company, New York, 1989
- Raad voor de Jaarverslaggeving Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005
- Rensema, J. Fiscale winst en draagkracht van zelfstandigen, Kluwer, Deventer 1976
- Rosen, H.S. Public Finance, Richard D. Irwin Inc., Homewood (Ill.), 1992
- Van Schilfgaarde, P. Van de NV en de BV, Kluwer, Deventer, 2003 (bewerkt door J. Winter)
- Sillivis, L.W. & De Vries, N.H. Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer
- Van Strien, J. Aspecten van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF Scriptieprijs, Kluwer, Deventer, 2002
- Van Strien, J. Geen Cessna-kosten voor kapitaalvennootschappen in de vennootschapsbelasting, WFR 2003/1720
- Verburg, J. Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2000

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 18 oktober 1950, B. 8843
- HR 1 november 1950, B. 8847
- HR 7 februari 1951, B. 8939
- HR 28 maart 1951, B. 8967
- HR 17 maart 1954, BNB 1954/130
- HR 21 januari 1955, NJ 1959/43
- HR 5 juni 1957, BNB 1957/239
- HR 28 juni 1957, NJ 1957/514
- HR 31 december 1958, BNB 1959/67
- HR 20 maart 1959, NJ 1959/581
- HR 4 juli 1961, BNB 1961/285
- HR 28 mei 1969, BNB 1969/164
- HR 4 juni 1975, BNB 1975/152
- HR 31 mei 1978, BNB 1978/252
- HR 9 maart 1983, BNB 1983/202
- HR 25 januari 1984, BNB 1984/231
- HR 8 juli 1986, BNB 1986/294-295

Lijst van geraadpleegde literatuur en jurisprudentie

HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32
HR 3 maart 1993, BNB 1993/141
HR 10 maart 1993, BNB 1993/237
HR 2 maart 1994, BNB 1994/291
HR 28 juni 1995, BNB 1995/271
HR 20 september 1995, BNB 1996/5
HR 21 september 1995, BNB 1995/15-16
HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
HR 17 februari 1999, BNB 1999/176
HR 8 maart 2002, BNB 2002/210 en 2002/16.3
HR 14 juni 2002, BNB 2002/290
HR 17 december 2004, BNB 2005/169
HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83
HR 25 november 2005, BNB 2006/83

Hoven

Hof Amsterdam 15 augustus 1989, FED 1990/235
Hof Amsterdam 21 september 2005, V-N 2005/54.17
Hof Arnhem 4 april 1995, V-N 1995/2520
Hof 's-Gravenhage 16 oktober 2001, FED 2002/29
Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2005, V-N 2005/51.20

Europees Hof van Justitie

HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344

Hoofdstuk 3

Literatuur

Aardema, E.	Enkele aantekeningen bij het kapitaalbegrip enige belastingen (I), WFR 1986/5734
Arts, J.H.M.	Kapitaalstorting voor de vennootschapsbelasting, proefschrifteditie, Maastricht, 1997
Van den Bos, A.J.	Stamkapitaal, verliesfinanciering en duurzame financieringsvordering, WFR 1988/895
Bos, E.	Eigen vermogen: schijn of wezen?, Nico de Vries-bundel: 'Veranderd belastingklimaat', Kluwer, Deventer, 1995
Bouwman, J.N.	Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001
Bouwman, J.N.	Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002

- Brandsma, R.P.C.W.M. Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003
- Van der Geld, J.A.G. Het initiatief-wetsvoorstel Vermeend ter aanvulling en reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1986/1265
- Van der Geld, J.A.G. De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990
- Geppaart, Ch. P.A. Fiscale rechtsvinding, Fed, Amsterdam, 1965
- Haberham, A.M. Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993
- Ijzerman, R.L.H. Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën, nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991
- Juch, D. De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED, Deventer, 1974
- Marres, O.C.R. Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005
- Michielse, G.M.M. Thin capitalization in het fiscale recht, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994
- Niessen, R.E.C.M. Cursus belastingrecht, deel richtige heffing en fraus legis, Gouda Quint bv, Deventer
- Redactie WFR Over schijn en wezen, Geldlening of kapitaalbreng, WFR 1971/709
- Schonis, H.M.N. Recente ontwikkelingen in de belastingheffing van ondernemingen, Fed, Deventer, 1985
- Sommerhalder, R.A. & Engelen F.A. Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470
- Sillivis, L.W. & De Vries, N.H. Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer
- Verseput, J.G. De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale brochures Fed, Deventer, 1987
- Zwemmer, J.W. Lening of kapitaal?, Ars Aequi 37, 1998

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 27 mei 1918, B. 2007
- HR 16 juni 1920, B. 2473
- HR 7 mei 1930, B. 4731
- HR 27 januari 1932, B. 5159
- HR 28 juni 1933, B. 5441
- HR 3 oktober 1934, B. 5692
- HR 31 oktober 1935, B. 5952
- HR 7 december 1938, B. 6795
- HR 18 mei 1949, B. 8648
- HR 7 februari 1951, B. 8939
- HR 3 november 1954, BNB 1954/357
- HR 29 juni 1955, BNB 1955/302
- HR 3 april 1957, BNB 1957/165

HR 5 juni 1957, BNB 1957/239
HR 6 november 1968, BNB 1971/73
HR 24 februari 1971, BNB 1971/74
HR 25 januari 1973, BNB 1974/64
HR 27 juni 1973, BNB 1973/187
HR 4 juni 1975, BNB 1975/152
HR 31 mei 1978, BNB 1978/252
HR 15 oktober 1986, BNB 1987/72
HR 18 februari 1987, BNB 1988/248
HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en FED 1988/401
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
HR 4 mei 1988, BNB 1988/208
HR 3 juni 1988, BNB 1988/248
HR 5 september 1990, BNB 1990/303
HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32
HR 3 maart 1993, FED 1993/311
HR 26 mei 1993, FED 1993/715
HR 6 oktober 1993, BNB 1993/346
HR 28 juni 1995, BNB 1995/271
HR 15 november 1995, BNB 1996/51
HR 4 september 1996, BNB 1997/42
HR 28 januari 1998, BNB 1998/148
HR 11 februari 1998, BNB 1998/98
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208 en FED 1998/272
HR 21 oktober 1998, V-N 1999/15.22
HR 16 december 1998, V-N 1999/5.14
HR 17 februari 1999, BNB 1999/176 en V-N 1999/13.23
HR 3 november 1999, BNB 2000/31 en V-N 1999/53.14
HR 15 december 1999, BNB 2000/126
HR 9 februari 2000, BNB 2000/236
HR 15 maart 2000, BNB 2000/240 en FED 2000/176
HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161
HR 14 maart 2001, BNB 2001/256
HR 10 augustus 2001, BNB 2001/364
HR 24 mei 2002, BNB 2002/231 en V-N 2002/33.20
HR 22 november 2002, BNB 2003/34
HR 17 september 2004, BNB 2004/409
HR 29 oktober 2004, BNB 2005/64 en V-N 2004/57.18
HR 3 december 2004, V-N 2004/67.18
HR 22 november 2005, BNB 2003/34
HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83, V-N 2005/58.19 en 2006/29

HR 14 april 2006, V-N 2006/20.13

HR 8 september 2006, V-N 2006/47.21

Hoven

Hof Amsterdam 15 augustus 1989, V-N 1990/771 en FED 1990/235

Hof Amsterdam 27 januari 1993, V-N 1993/1430

Hof Amsterdam 21 oktober 1998, V-N 1999/15.22

Hof Amsterdam 5 februari 2001, V-N 2001/16.16

Hof Amsterdam 20 november 2001, V-N 2002/8.24

Hof Amsterdam 26 juni 2002, V-N 2002/33.2.6

Hof Amsterdam 7 september 2004, V-N 2005/9.12

Hof Amsterdam, 25 januari 2006, V-N 2006/19.10

Hof Arnhem 31 januari 1975, BNB 1975/189

Hof Arnhem 4 april 1995, V-N 1995/2520

Hof Arnhem 27 september 1996, V-N 1996/537

Hof 's-Gravenhage 7 juli 2004, V-N 2004/53.18

Hof 's-Gravenhage 1 maart 2005, V-N 2005/32.3.15

Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2002, V-N 2002/23.17

Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2003, V-N 2003/29.19

Hof Leeuwarden 18 oktober 2002, V-N 2004/4.14

Hoofdstuk 4

Literatuur

- | | |
|---|--|
| Bakker, M.J.G. & Bruin, P.J.M. | Hybride leningen: geen aftrek wel belast?, TFO 2002/1 |
| Blokland, T. | Aspecten van hybride financiering, FED 2001/658 |
| Bouwman, J.N. | Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002 |
| Brandsma, R.P.C.W.M.; Gooyer, J. & Tuyp, M.B.J.M. | Nieuwe regeling hybride lening zeer complex, WFR 2002/867 |
| Brandsma, R.P.C.W.M. | Hybride leningen (verstrekt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003 |
| Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R. | Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064 |
| Brealey, R.A. en Myers, S.C. | Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996 |
| Duffhues, P.J.W. | Bedrijfseconomische aspecten van hybride vermogensvormen, TFO 2002/13 |
| Van Eijdsden, J.A.R. | Renteaftrekbeperkingen in art.10, eerste lid, onderdeel d, en art. 10b Wet Vpb 1969, TFO 2003/188 |
| Emmerig, B. | BNB 1988/217 is springlevend! Hoge Raad 10 augustus 2001, nr. 36.662 BNB 2001/364, MBB 2002/86 |

Lijst van geraadpleegde literatuur en jurisprudentie

- Van der Geld, J.A.G. Enkele fiscaal-technische opmerkingen bij het rapport Verbreding verlichting van de studiegroep vip, WFR 2000/1844
- Heithuis, E.J.W. Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!, NTFR2006/1236
- Kok, Q.W.J.C.H. Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88
- Mellema-Kranenburg, T.J. Groene Serie Privaatrecht, art. 6:160 BW, aantekening 37, Afbakening terrein objectieve novatie met betrekking tot inhoud verbintenis
- Molenaars, M.L. De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071
- Pancham, S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M. Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774
- Nikkel, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C. Hybride leningen, kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117
- Peters, M.J. Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur, WFR 2002/268
- (Commissie) Van Rooy, Y.C.M.T. e.a. Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001
- Schuver-Bravenboer, M. Werken aan overgangsrecht: zuivere winst, WFR 2006/988
- Stevens, L.G.M. Fiscale beleidsnotities 2002, WFR 2001/1295
- Van Strien, J. Aspecten van renteaftrekbepkeringen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002
- Van der Struijk, R.W.J. Hybride lening en geruisloze omzetting: navordering mogelijk?, TFB 2003, nr. 1
- Van der Vegt, P.C. De voortgaande bastaardering van de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1280
- De Vries, R.J. Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524
- De Vries, R.J. Het labyrint van de vennootschapsbelasting uitgebreid: de zogeheten hybride of deelnemende lening wettelijk geregeld, Forfaitair 2002/15

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 4 mei 1955, BNB 1955/240
- HR 12 februari 1958, BNB 1958/105
- HR 13 mei 1970, BNB 1970/135
- HR 31 mei 1978, BNB 1978/252
- HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
- HR 4 september 1996, BNB 1997/42
- HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
- HR 1 juli 1998, V-N 1998/34.21
- HR 17 februari 1999, BNB 1999/176
- HR 9 november 2001, V-N 2002/12.24
- HR 25 november 2005, BNB 2006/82
- HR 8 september 2006, V-N 2006/47.21

Hoven

Rechtbank Amsterdam 8 april 1938, NJ 1939/553
Hof 's-Gravenhage 25 januari 1934, NJ 1934/767
Hof 's-Gravenhage 1 maart 2005, V-N 2005/32.3.15
Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2002, V-N 2002/23.17

Hoofdstuk 5

Literatuur

- Aardema, E. Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbeprij in enige belastingen (I), WFR 1986/817
- Arts, J.H.M. Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande, Lelystad, 1997
- Bartel, J.C.K.W. Dividend of iets anders, MBB 1991, nr. 11/12
- Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W. Over hybride vorderingen en de samenloop met de deelnemingsvrijstelling – ook na de derde Veegwet is de wetgever nog niet uitgeveegd, MBB 2002/309
- Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W. Ook na de derde veegwet blijft vegen noodzakelijk!, WFR 2002/1576
- Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W. Samenloop fiscale eenheid en hybride leningen, WFR 2003/1117
- Bobeldijk, A.C.P. De samenloop van de regelingen voor de juridische fusie en de hybride leningen, WFR 2003/1475
- Bouwman, J.N. Thema's rond geldvorderingen, Beschouwingen voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, Reprografische dienst Harmoniecomplex Rijksuniversiteit Groningen, 2001
- Bouwman, J.N. Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Kwalificatie, terbeschikkingstelling, omzetting en kwijtschelding, Fiscale geschriften, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2002
- Bouwman, J.N. & De Jong, M.G. Wegwijs in de Vennootschapsbelasting, Sdu Uitgevers BV, Den Haag, 2003
- Brandsma, R.P.C.W.M. & Gooijer, J. Het Veegwetinstituut heeft een nieuwe bezem nodig: hybride leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1661
- Brandsma, R.P.C.W.M. De Wet Vpb 1969 bestaat 35 jaar: de hybride lening (in Europees perspectief), WFR 2003/1588
- Brandsma, R.P.C.W.M. Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003
- Bruin Slot, W. De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal, WFR 1996/1625
- Van Eijdsen, J.A.R. Enkele gevolgen van het gelijkschakelen van een hybride schuldvordering met een deelneming, WFR 2002/1704
- Van Eijdsen, J.A.R. & Moes, W.M.H. Art. 13bb Wet Vpb 1969 een nieuwe sanctiebepaling met betrekking tot onvolwaardige schuldvorderingen, WFR 2002/1373
- Van Eijdsen, J.A.R. Renteaftrekbeperkingen in art. 10, eerste lid, onderdeel d, en art. 10b Wet VPB 1969, TFO 2003/188
- Engelen, F.A. & Pötgens, F.P.G. Het rapport The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships en de interpretatie van belastingverdragen (II), WFR 2000/1056

Lijst van geraadpleegde literatuur en jurisprudentie

Fortuin, P.	Informeel kapitaal: deelnemingsvoordelen en (kwijtscheldings)winst, WFR 1999/1646
Van der Geld, J.A.G.	Het initiatief-wetsvoorstel Vermeend ter aanvulling en reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1986/1265
Van der Geld, J.A.G.	De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990
Van der Geld, J.A.G.	De grens tussen eigen en vreemd vermogen duidelijker getrokken, TFO 1999/42
Haberham, A.M.	Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993
Jimmink, A.G.	Informal investor in de vennootschapsbelasting, opgenomen in De Informal Investor: van ondernemer naar investeerder/ondernemer, Pre-adviezen nr. 14 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, IBFD Publications, Amsterdam, 1997
Kiekebeld, B.J.	De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914
Van der Linde, R.W. & Lamers, A.W.G.	De interest- & royaltyrichtlijn, WFR 2004/349
Van der Linden, M.H.G.M. & Hu, H.L.	De deelnemerschapslening heeft de broedermoord van art. 10-1-d Wet Vpb 1969 overleefd, WFR 2004/1156
Lubbers, A.O.	Belastingarresten lezen en analyseren, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2002
Michielse, G.M.M.	Thin capitalization in het fiscale recht: afbakening van vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen in concernverhoudingen, Fiscale monografieën nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994
Molenaars, M.L.	De behandeling van hybride leningen en convertibles onder het wetsvoorstel Werken aan winst, WFR 2006/1071
Nielke, S.F.M.; De Gunst, H. & Van der Linde, A.C.	Hybride leningen: kanttekeningen bij het nieuwe art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en andere daarmee verband houdende wijzigingen en onderwerpen, FED 2002/117
Peters, M.J.	Winstafhankelijke leningen in 2002: versterking of verzwakking van de economische infrastructuur, WFR 2002/268
Sillevis, L.W. & De Vries, N.H.	Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint bv, Deventer
Sommerhalder, R.A. & Engelen, F.A.	Enige vennootschapsbelastingaspecten van deelnemerschapsleningen, WFR 1999/470
Strik, S.A.W.J.	Het fiscale onderscheid tussen lening en kapitaal in de vennootschapsbelasting, MBB 2002/337
Strik, S.A.W.J.	Interest en royalty's, NTFR 2003/1610
Van der Vegt, P.C.	De voortgaande bastaardering van de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1280
Verseput, J.G.	De totale winst in de vennootschapsbelasting, Fiscale Brochures, Fed, Deventer, 1987
De Vries, R.J.	Economische tegenwind en fiscaliteit: kwijtschelding, omzetting en hybridisering van (onvolwaardige) vorderingen, TFO 2004/3
Weber, D.M.	Vpb 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 7 februari 1951, B. 8939
HR 3 april 1957, BNB 1957/165
HR 5 juni 1957, BNB 1957/239
HR 24 februari 1971, BNB 1971/74
HR 4 juni 1986, BNB 1986/282
HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
HR 19 juni 1991, BNB 1991/268
HR 18 maart 1992, BNB 1992/195
HR 28 juni 1995, BNB 1995/271
HR 11 februari 1998, BNB 1998/98
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161
HR 22 november 2002, BNB 2003/34
HR 5 september 2003, BNB 2003/379
HR 14 oktober 2005, BNB 2006/7
HR 25 november 2005, BNB 2006/82, V-N 2005/58.19 en FED 2006/29

Europees Hof van Justitie

HvJ EG 16 juli 1998, BNB 1998/420 (ICI)
HvJ EG 26 oktober 1999, BNB 2001/394 (Eurowings)
HvJ EG 13 april 2000, BNB 2000/242 (Baars)
HvJ EG 6 juni 2000, BNB 2000/329 (Verkooijen)
HvJ EG 3 oktober 2002, BNB 2002/403 (Danner)
HvJ EG 21 november 2002, BNB 2003/221 (X en Y)
HvJ EG 12 december 2002, BNB 2003/170 (Lankhorst-Hohorst)
HvJ EG 26 juni 2003, V-N 2003/36.9 (Skandia)
HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal Holding)
HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Schempp)
HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer)
HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes)

Hoofdstuk 6

Literatuur

Albert, P.G.H.	Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004	
Armino, G.L.N. & Puts, M.	Renteaftrekbeperkingen voor saldolijfrenten bij de BV?, WFR 2006/76	
Bouwman, J.N. & De Jong, M.G.	Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU uitgevers BV, Den Haag, 2003	
Van den Brande-	Wie stelt, bewijst. Een adagium voor de Wet VPB 2007?	→

- Boomsluiters, E. (Bewijsvermoedens in de Wet op de vennootschapsbelasting), MBB 2005/217
- Brandsma, R.P.C.W.M. Hybride leningen (verstrekkt aan lichamen), Fiscale monografieën nr. 106, Kluwer, Deventer, 2003
- Brandsma R.P.C.W.M. & Gooijer, J. Het Veegwetinstituut heft een nieuwe bezem nodig: hybride leningen in de vennootschapsbelasting, WFR 2002/1661
- Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R. Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064
- Bruijsten, C. Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van *fraus legis*?, WFR 2004/1150
- Cabell, N.M. & Nickel, S.F.M. Verslag fiscale conferentie 'Renteaftrek in de vennootschapsbelasting', WFR 1997/1858
- Daniels, A.H.M. Uitholling en fiscale infrastructuur, WFR 1996/1493
- Van Dijk, R.T.E. & Vogelaar, J.P. Het 'Wetsvoorstel Uitholling Grondslag Vennootschapsbelasting': codificatie van en reactie op jurisprudentie, MBB 1996/229
- Doornebal, J. De opmars van het zakelijkheids criterium, TFO 2001/158
- Emmerig, B. Beperking renteaftrek bij overnameholdings: waar zijn wij mee bezig?, WFR 2000/363
- Essers, P.H.J. Winstdrainage en *fraus legis*, TFO 1995/197
- Faase, E.F. Misbruik: middel of doel?, NTFR 2004/1445
- Faber, S.E. & Van der Geld, J.A.G. Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, WFR 1996/749
- Van der Geld, J.A.G. De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografieën nr. 20, Kluwer, Deventer, 1991
- De Haan, P.M.; Perik, R.G.M & Van Schijndel, M.P. Fiscale actualiteiten nr. 28, Winstdrainage en concernfinanciering, Fed, Deventer, 1997
- Haberham, A.M. Fiscale aspecten van vreemd vermogen, Fiscale monografieën nr. 65, Kluwer, Deventer, 1993
- Heithuis, E.J.W. *Fraus legis* bij leningconstructies binnen concernverband, TFO 1993/228
- Heithuis, E.J.W. Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer, WFR 1996/573
- Heithuis, E.J.W. Herziening regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/287
- Heithuis, E.J.W. De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans, WFR 2003/1869
- Hoogendoorn Het voorgestelde art. 10a Wet Vpb. 1969: reparatie uitholling of uitbreiding belastinggrondslag?, FED 1996/432
- Ijzerman, R.H.L. Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991
- Kampschöer, G.W.J.M.; Panchman S.R. & De Roos, I. De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED fiscale brochure, Kluwer, Deventer, 2003
- Kemmeren, E.C.C.M. Het nieuwe art. 15a vierde lid, Wet Vpb 1969 bij voorbaat geliquideerd, FED 1996/574
- Kiekebeld, B.J. De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914

- Kok, Q.W.J.C.H. Temporiserings van renteaftrek, TFO 2003/181
- Kok, Q.W.J.C.H. De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Proefschrifteditie, Sdu, 2005
- Kok, Q.W.J.C.H. Enkele aspecten van het wetsvoorstel 'Werken aan winst', FED 2006/88
- Krekel, L.H. Gegarandeerde leningen van derden, gegarandeerd een groepslening?, WFR 2005/482
- Kruiswijk, A. De bedrijfsfusie: een ondergeschoven kindje?, WFR 2001/1085
- Kruiswijk, A. De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking, WFR 2002/1501
- Lier, A.P. Enige kritische kanttekeningen bij de voorgestelde beperkingen in de renteaftrek: Uitholling of opbolling van de belastinggrondslag, WFR 1996/1449
- Ligthart, N.M. De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969, TFO 2003/174
- Van der Linden, M.H.G.M. Fiscale eenheid: de overnameholding en gefinancierde kapitaalstorting in nieuw perspectief, WFR 2001/1309
- Linders, J.P. & Smeets, J.F.C. Vroeger was alles beter, de onvoorziene gevolgen van art. 15ad Wet VPB 1969, WFR 2003/873
- Löser, J. European tax Handbook 2005, editor Kesti, J.; IFBD, Amsterdam, 2005
- Lubbers, A.O. Belastingarresten lezen en analyseren, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2002
- Marres, O.C.R. Een bankvloek maar geen brandmerk, WFR 2003/225
- Marres, O.C.R. Uitholling door rentebetalingen direct of indirect verbonden lichamen, WFR 2004/183
- Marres, O.C.R. Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005
- Marres, O.C.R. Winstdrainage door renteaftrek, Fiscale monografieën nr. 113, Kluwer, Deventer, 2005
- Meijer, D.G.A. Winstdrainage, Fiscale Brochures, FED, Deventer, 2001
- Michielse, G.M.M. De buitenlandse 'compenserende heffingsgrondslag': een bananenschil, WFR 1996/245
- Michielse, G.M.M. Wetsvoorstel uitholling belastinggrondslag. Een gemiste kans, FED 1996/433
- Niekel, S.F.M. Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, WFR 1998/557
- Paardekoper, W.J.G. Beperking of uitbreiding van de belastinggrondslag? Reactie op het artikel van drs. H.P.W. Snijders in Weekblad 1998/7274, WFR 1998/950
- Pancham, S.R. & Brandsma, R.P.C.W.M. Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/774
- Papen, J. Rentelasten en compenserende heffing in (internationaal) concernverband: een overzicht, WFR 1996/255
- Peeters, P.J.J.M. Renteaftrektemporiserings: is er nog wel sprake van uitstel?, WFR 2002/605
- Peeters, P.J.J.M. Gefinancierde kapitaalstorting ex art. 15ad: nog geen duidelijkheid?, WFR 2004/827
- De Roos, I. & De Vries, R.J. Recente ontwikkelingen rondom het nieuwe fiscale eenheidsregime, FED 2002/692

Lijst van geraadpleegde literatuur en jurisprudentie

Sillevis, L.W. & De Vries, N.H.	Cursus Belastingrecht, deel vennootschapsbelasting, Gouda Quint BV, Deventer
Snijders, H.P.W.	Beperking renteaftrek in de winstsfeer op andere gronden dan fraus legis. Oftewel winstdrainage art. 7 Wet IB 1964-dilema, WFR 1998/20
De Soeten, G.H.	Winstdrainage en fraus legis, WFR 2003/256 (met naschrift van Kruiswijk)
De Soeten, G.H.	Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat: illusie en desillusie?, WFR 2005/48
Stevens, L.G.M.	Elementair belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2004
Van Strien, J.	Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer 2002
Van den Tillaart, L.J.A.	De overnameholding nader beschouwd, WFR 2004/760
De Vries, N.H. & De Vries, R.J.	Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer
De Vries, R.J.	Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1996 met het oog op uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/1524
Weber, D.M.	Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden, Fiscale monografieën nr. 105, Kluwer, Deventer, 2003
Weber, D.M.	VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251
	Fiscale encyclopedie de Vakstudie (waar plaatsen?) Fiscale Encyclopedie de Vakstudie aantekeningen 10 en 11 bij art. 10a Wet VPB 1969

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 26 maart 1958, NJ 1958/599
HR 3 april 1957, NJ 1961/569
HR 28 juni 1978, BNB 1978/254
HR 22 juli 1982, BNB 1982/242-246
HR 21 november 1984, BNB 1985/32
HR 20 maart 1985, BNB 1985/171
HR 16 oktober 1985, BNB 1986/44
HR 4 juni 1986, BNB 1986/282
HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
HR 26 april 1989, BNB 1989/217
HR 10 mei 1989, BNB 1989/219
HR 7 juni 1989, BNB 1990/72
HR 11 juli 1990, BNB 1990/293
HR 14 oktober 1992, BNB 1993/6-7
HR 10 maart 1993, BNB 1993/194-197
HR 17 november 1993, BNB 1994/274
HR 13 juli 1994, BNB 1994/269
HR 21 september 1994, BNB 1995/71

HR 23 augustus 1995, BNB 1996/3
HR 6 september 1995, BNB 1996/4
HR 20 september 1995, BNB 1996/5
HR 27 september 1995, BNB 1996/6
HR 17 maart 1999, BNB 1999/325
HR 30 juni 1999, BNB 1999/323
HR 21 februari 2001, BNB 2001/160-161
HR 13 juli 2001, BNB 2001/398
HR 10 augustus 2001, BNB 2001/399
HR 8 februari 2002, BNB 2002/118
HR 22 november 2002, BNB 2003/34
HR 6 december 2002, BNB 2003/183
HR 20 december 2002, BNB 2003/185-186
HR 7 februari 2003, BNB 2003/187
HR 23 januari 2004, BNB 2004/142 en V-N 2004/9.13
HR 9 juli 2004, BNB 2004/394
HR 8 oktober 2004, BNB 2005/51
HR 17 december 2004, BNB 2005/169 en V-N 2005/2.16
HR 17 juni 2005, BNB 2005/304
HR 25 november 2005, BNB 2006/82, BNB 2006/86 en V-N 2005/59.16
Rechtbank Breda 23 december 2005, NTFR 2006/149

Hoven

Hof Amsterdam 9 mei 2001, V-N 2001/39.16 en FED 2001/493
Hof Amsterdam 30 januari 2002, V-N 2002/20.10
Hof Amsterdam 15 december 2004, V-N 2005/18.13
Hof Arnhem 26 mei 1992, NJ 1993/182
Hof Arnhem 17 juni 1998, V-N 1998/57.14
Hof 's-Gravenhage, Infobulletin 95/142, V-N 1995/800
Hof 's-Gravenhage 21 mei 1996, V-N 1996/4759
Hof 's-Gravenhage 8 april 1997, V-N 1997/3058 en FED 1997/332
Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2002, V-N 2002/23.17

Rechtbanken

Rechtbank Breda, 23 december 2005, LJN: AU8673, www.hogeraad.nl

Europees Hof van Justitie

HvJ EG 19 januari 1988, Jurispr. 1988, blz. 111 (Gulung)
HvJ EG 5 oktober 1994, Jurispr. 1994, blz. I-4785 (TV 10)
HvJ EG 12 mei 1998, Jurispr. 1998, blz. I-2843 (Kefalas)
HvJ EG 9 maart 1999, Jurispr. 1999, blz. I-1459, NJ 2000/48 (Centros)
HvJ EG 26 oktober 1999, BNB 2001/394 (Eurowings)

HvJ EG 14 december 2000, BNB 2003/169 (Emsland-Stärke)
HvJ EG 21 november 2002, (X en Y v. Riksskatteverket), V-N 2003/12.5 en BNB 2003/221
HvJ EG 12 december 2002, BNB 2003/170 (Lankhorst-Hohorst)
HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal)
HvJ EG 30 september 2003, V-N 2004/4.2 (Inspire Art Ltd.)
HvJ EG 29 april 2004, V-N 2004/24.17 (Leusden en Holin)
HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes)

Hoofdstuk 7

Literatuur

- Albert, P.G.H. Over vrijheid van vestiging, grensoverschrijdende fiscale eenheid en het mogelijke einde van de liquidatieverliesregeling en de belastingvrijstelling met progressievoorbehoud, FED 2003/101
- Albert, P.G.H. Renteaftrek in de Wet Vpb 1969, Fiscale geschriften, SDU, Amersfoort, 2004
- Alioua, M. De Marks & Spenceruitspraak: de relevantie voor de fiscale eenheid in Nederland, WFR 2004/286
- Backhuijs, J.; Bosman, R. & James, N. Status en onduidelijkheden ten aanzien van de invoering van IFRS in Europa, www.nivra.nl
- Bellingwout, J.W. Fiscale eenheid in Europees perspectief, WFR 2003/1593
- Bobeldijk, A.C.P. & Hofman, A.W. Enkele aspecten van de voorgestelde thin-capitalisationwetgeving, MBB 2003/350
- Bos, E. Eigen vermogen: schijn of wezen?, in Nico de Vries bundel: Veranderd belastingklimaat, Gouda Quint BV, Arnhem, 1995
- Bouwman, J.N. & De Jong, M.O. Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Sdu Uitgevers BV, Den Haag, 2003
- Brandsma, R.P.C.W.M. Van lelijk eendje tot mooie zwaan?: de afwaarderingsfaciliteit voor deelnemingen, FED 1997/610
- Brandsma, R.P.C.W.M. Fiscale onderkapitalisatie van vennootschappen, Fiscale monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004
- Brandsma, R.P.C.W.M. & Pancham, S.R. Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? De tweede ronde! Werken aan winst: groepsrentebox en renteaftrek, WFR 2006/1064
- Bruijsten, C. In hoeverre kan vertrouwen worden ontleend aan de wetshistorie?, WFR 2003/956
- Dorresteyn, A.F.M. Groene Serie Privaatrecht, art. 2:24a en 2:24b BW, aantekening 3, Groep (concern)
- Heithuis, E.J.W. De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, WFR 2005/1869
- De Hosson, F.C. Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief, WFR 2003/1581
- Kampschöer, G.W.J.M. IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip: 'Who is afraid of IFRS?', WFR 2004/1228
- Kavelaars, P. & Smittenberg, R.A.H. Het groepsbegrip in de thincapregeling, WFR 2004/165
- Kavelaars, P. & Van den Kommer, L.P. Thincapregeling en vaste inrichting matchen niet altijd, WFR 2006/67

- Kiekebeld, B.J. De (on)mogelijkheden van compenserende heffing binnen EU-verband, WFR 2003/914
- Klaassen J. & Hoogendoorn, M.N. Externe verslaggeving, Wolters-Noordhoff BV, Groningen, 2004
- Krekel, L.H. Gegarandeerde leningen van derden gegarandeerd een groepslening?, WFR 2005/482
- Van der Linden, E.M.A. & Schmitz, J.M.A. Terug naar het afzonderlijke winststelsel: een reactie op het artikel van J.H.P.W. Snijders, WFR 2005/860
- Lubbers, A.O. Belastingarresten lezen en analyseren, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2002
- Maatoug, H. & Boer, J.P. Two is a party, three is a crowd (I), MBB 2004/49
- Martens, W.C.M. & Snel, F.P.J. De wetgever 'halveert' de brutovrijstelling ofwel het activeren van aankoopkosten van deelnemingen, WFR 2004/1729
- NIVRA/NOvAA Brief van 3 februari van NIVRA en NOvAA aan: de leden van de Vaste Commissie voor Justitie en de Tweede Kamer der Staten-Generaal, www.nivra.nl
- NOB Commentaar op het wetsvoorstel Nota van wijziging bij het Belastingplan 2004, Kamerstuknummer 29.210 – aanpassing n.a.v. Bosal-arrest, punt 2.11, www.nob.net
- OECD Committee on Fiscal Affairs Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, 2003,
- Pijl, H. Drie observaties bij thin cap, WFR 2006/374
- Raad voor de Jaarverslaggeving Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, voor grote en middelgrote rechtspersonen, editie 2005, Kluwer, Deventer, 2005
- Reimers, H.K.O. De concerntoets in de 'Bosal-wetgeving', WFR 2004/174
- (Commissie) Van Rooy Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001
- Van Schilfgaarde, P. Van de BV en de NV, Kluwer, Deventer, 2003 (bewerkt door Winter, J.)
- Schuver-Bravenboer, M. Werken aan overgangsrecht: zuivere winst, WFR 2006/988
- Snel, F.P.J. Art. 13, eerste lid, Wet VPB 1969, rentekosten en de Bosal-reparatie, TFO 2003/195
- Snijders, J.H.P.W. Salderen, salderen en nog eens salderen, Jaarwinstbepaling direct realiseerbare financiële activa en passiva, WFR 2004/1735
- Timmermans, C.W.A. Het economisch groepsbegrip en de zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening, Van vennootschappelijk belang, Maeijerbundel, Tjeenk Willink BV, Zwolle, 1988
- De Vries, N.H. & De Vries, R.J. Cursus belastingrecht, Kluwer, Deventer
- Wattel, P.J. De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335
- Weber, D.M. Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen, WFR 2003/315
- Weber, D.M. Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen, WFR 2003/1844
- Weber, D.M. VPB 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2004/1251
- Van Weeghel, S. Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling, TFO 2004/106

Wijnen, A.W.C.W. & Hielkema, J.G. Extracomptabel of intercomptabel, WFR 2005/855

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 4 mei 1960, BNB 1960/163
HR 14 juni 1978, BNB 1979/181
HR 4 juni 1986, BNB 1986/239
HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
HR 23 september 1992, BNB 1993/60
HR 13 maart 1996, BNB 1996/194
HR 7 mei 1997, BNB 1997/263
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
HR 14 november 2003, BNB 2004/161
HR 5 december 2003, BNB 2004/139
HR 23 januari 2004, BNB 2004/214
HR 22 oktober 2004, BNB 2005/75
HR 1 april 2005, BNB 2005/255
HR 25 november 2005, BNB 2006/82
HR 14 april 2006, NTFR 2006/543

Europees Hof van Justitie

HvJ EG 26 januari 1993, V-N 1993/1269 (Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt)
HvJ EG 17 juli 1997, BNB 1998/32 (Leur-Bloem)
HvJ EG 26 oktober 1999, BNB 2001/394 (Eurowings)
HvJ EG 12 december 2002, BNB 2003/170 (Lankhorst-Hohorst)
HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal Holding)
Conclusie A-G Maduro, 7 april 2005, V-N 2005/21.20 (Marks & Spencer)
Conclusie A-G Léger, 30 juni 2005, V-N 2005/36.21 'Hilten-van der Heijden'
HvJ 12 juli 2005, BNB 2005/342 en V-N 2005/36.14 (Egon Schempp)
HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer)
HvJ EG 23 februari 2006, BNB 2006/194 en V-N 2006/14.22 (Van Hilten-Van der Heijden)

Hoofdstuk 8

Literatuur

Atkinson, A. & Stiglitz, J.	Lectures on Public Economics, McGraw Hill, London, 1980
Auerbach, A.	The future of fundamental tax reform, The American Economic Review, Nashville, 1997, vol. 87, Iss. 2
Auerbach, A.J. & Kotlikoff, L.J.	Dynamic fiscal policy, Cambridge University Press, Cambridge, 1987
Baumol, W.J.; Heim, P.; Malkiel, B.G. & Quandt, R.E.	Earnings Retention, New Capital and the Growth of the Firm, Review of Economics and Statistics 1970/4

-
- | | |
|---|---|
| Bellingwout, J. & Van der Lande, M. | Een nieuw concept voor groepsrente, Discussieforum VPB 2007, www.minfin.nl |
| Boer, J.P.; Booij, J.A.; Castelijin, B.E.J.; Vording, H. & De Vries, R.J. | Blauwdruk voor een boxenstelsel in de vennootschapsbelasting, WFR 2004/1857 |
| Bond, S.R. | Levelling up or levelling down? Some reflections on de ACE and CBIT proposals, and the future of the corporate tax base, in Taxing capital income in the European Union. Issues and options for reform, Edited by Cnossen, S., Oxford University Pres, 2000 |
| Bond, S.R. & Devereux, M.P. | Generalised R-based and S-based taxes under uncertainty, Institute for fiscal studies, Working Paper nr. 99/9 |
| Bond, S.R. & Devereux, M.P. | Generalised R-based and S-based taxes under uncertainty, Journal of Public Economics, 2003, nr. 87 |
| Bond, S.R. & Devereux, M.P. | On the design of a neutral business tax under uncertainty, journal of Public Economics, 1995, nr. 58 |
| Bouwman, J.N. | Antwoorden van prof. Dr. J.N. Bouwman, Rijksuniversiteit Groningen, TFO 2004/146 |
| Bovenberg, A.L.; Cnossen, S. & De Mooij, R.A. | Hoe harmoniseren we de vennootschapsbelasting: rechtsom of linksom?, WFR 2002/107 |
| Brandsma, R.P.C.W.M. | Antwoorden van prof. Dr. R.P.C.W.M. Brandsma, TFO 2004/151 |
| Brealey, R.A. & Myers, S.C. | Principles of corporate finance, McGraw-Hill, International edition, 1996 |
| Cnossen, S. | Het verrekeningsstelsel in opmars, wat doet Nederland; Sociaal-economische aspecten van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 1979 |
| Cnossen, S. | Hoe kan consumptie worden belast?, WFR 2000/680 |
| Cnossen, S. | Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie, WFR 1996/871 |
| Doornebal, J. | Renteaftrek in de vennootschapsbelasting, een verdwijnend fenomeen?, NTFR 2002/365 |
| Van Dijk, J.E.A.M. | Deregulering in het belastingrecht, WFR 1983/854 |
| Ecofin Council | Code of conduct for business taxation, Official Journal C2 of January 1998 |
| Commission of the European communities | Tackling the corporation tax obstacles of small and medium-sized enterprises in the Internal Market – outline of a possible Home State Taxation pilot scheme, Brussel, 2005, COM(2005)702 final, www.europa.eu.int |
| Fortuin, P. | Informeel kapitaal: deelnemingsvoordelen en (kwijscheldings)winst, WFR 1994/1646 |
| Van der Geld, J.A.G. | Antwoorden van prof. dr. J.A.G. van der Geld, Universiteit van Tilburg, TFO 2004/154 |
| Van der Geld, J.A.G. | Boxen in de nieuwe Wet VPB 2007? Hebben we dan niets geleerd van het verleden, WFR 2004/1505 |
| Van der Geld, J.A.G. | Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de Nederlandse vennootschapsbelasting, Afscheidsbundel prof. mr. D. Juch, Over de grenzen van de vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2002 |

Lijst van geraadpleegde literatuur en jurisprudentie

- | | |
|--------------------------------|---|
| Gordon, R.H. & Bovenberg, A.L. | Why is capital so immobile internationally? Possible explanations and implications for capital income taxation, <i>American Economic Review</i> , 1996-86 |
| Grapperhaus, F.H.M. | Nota (Grapperhaus), TK, 1970-1971, 10 955 |
| Grubert, H. & Mutti, J. | Taxes, tariffs and transfer pricing in multinational corporate decision making, <i>Review of Economics and Statistics</i> , 1991-69 |
| Hall, R.E. & Rabushka, A. | The flat tax, Hoover Institution Press, Stanford, 1985 |
| Heithuis, E.J.W. | Het nieuwe art. 10b VPB? Weg ermee!!!, NTFR2006/1236 |
| Heithuis, E.J.W. | De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, WFR 2003/1869 |
| Heithuis, E.J.W. | Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: a never ending story, NTFR 2005/1026 |
| Heithuis, E.J.W. | Zonder aanzien des (rechts)persoons, De Wet VPB 2007: De ondernemingswinstbelasting van de 21ste eeuw, Kluwer, Deventer, 2005 |
| Hines, J.R. & Rice, E.M. | Fiscal paradise: foreign tax havens and American Business, <i>Quarterly Journal of Economics</i> , 1994-109 |
| De Hosson, F.C. | Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap gezien vanuit gemeenschappelijk perspectief, WFR 2003/1581 |
| IMF | FDI en Corporate Tax Revenue: Tax harmonization or Competition, Finance and Development, 2001 |
| Isaac, J. | A comment on the viability of the allowance for corporate equity, <i>Fiscal studies</i> , 1997, vol. 18, nr. 3 |
| Jimink, A.G. | Informal investors in de vennootschapsbelasting, opgenomen in <i>De Informal Investor: van ondernemer naar investeerder/ondernemer</i> , Pre-adviezen nr. 14 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, IBFD Publications, Amsterdam, 1997 |
| Kampschöer, G.W.J.M. | Vpb 2007 opbouwbaar uit zes (eenvoudige) bouwstenen, WFR 2004/1503 |
| Keen, M. & King, J. | The Croatian Profit Tax: An ACE in practice, <i>Fiscal Studies</i> , 2002, vol. 23, nr. 3 |
| Lammersen, L. | Investment decisions and tax revenues under an allowance for corporate equity, Centre for European Economic Research, Discussion Paper 02-47 |
| De Langen, W.J. | Grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht (deel I), Samson NV, Alphen aan den Rijn, 1954 |
| Litjens, F.P.J. | Het stelsel van aftrek van primair rendement in de vennootschapsbelasting, WFR 1985/109 |
| Marres, O.C.R. | Winstdrainage door renteaftrek, Proefschrifteditie, Kluwer, Deventer, 2005 |
| Meade, J. | The structure and reform of direct taxation, the Meade report, Allen and Unwin, Boston, 1978 |
| Meijers, H. | Bedrijfseconomische aspecten van de vermogensaanwasdeling, <i>Bedrijfseconomische monografieën</i> nr. 60, Stenfert Kroese, Leiden, 1980 |
| Michielse, G.M.M. | Thin capitalization in het fiscale recht, <i>Fiscale monografieën</i> nr. 67, Kluwer, Deventer, 1994 |
| Mintz, J. | The corporation tax: a survey, <i>Fiscal Studies</i> (1995) vol. 16, nr. 4 |

- De Mooij, R.A. Gedwongen ondoelmatigheid in de vennootschapsbelasting, ESB, 2005, nr. 4462
- De Mooij, R.A. Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst, Erasmus Universiteit, Rotterdam, 2003
- De Mooij, R.A. & Ederveen, S. Taxation and foreign direct investment: a synthesis of empirical research, International tax and public finance, 2003/10
- Rensema, J. Fiscale winst en draagkracht van zelfstandigen, Kluwer, Deventer, 1976
- (Commissie) Van Rooy, Y.C.M.T. e.a. Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief, Verbreding en verlichting, 's-Gravenhage, 2001
- Stevens, L.G.M. Belasting: weggegooid geld?, Fiscaal beleid 2002, Kluwer, Deventer, 2002
- Stevens, L.G.M. Duaal verhaal, Er zal geheven worden!, Opstellen op 19 oktober aangeboden aan prof. dr. S. Cnossen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2001
- Stevens, L.G.M. Fiscale beleidsnotities 1999, WFR 1998/1345
- Stevens, L.G.M. Fiscale Beleidsnotities 2007, WFR 2006/1089
- Van Strien, J. Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting, NOB/LOF Scriptieprijs, Kluwer, Deventer, 2002
- Van Strien, J. Van paniekvoetbal naar fundamentele herbezinning, in Buitengewone verdiensten, Opstellen aangeboden aan D.A. Albregtse
- Strik, S.A.W.J. De problematiek van de renteaftrek en de modernisering van de Vennootschapsbelasting 2007, MBB 2004/306
- Vleggeert, J. Naar een (meer) gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting?, WFR 2003/1482
- Vording, H. Een bestendig fiscaal vestigingsklimaat: naar een lager VPB-tarief, WFR 2005/621
- Vording, H. Wie heeft er wat aan verlaging van de vennootschapsbelasting?, WFR 2001/833
- De Vries, R.J. Antwoorden van prof. mr. R.J. de Vries, Universiteit van Leiden en Nyenrode, TFO 2004/164
- Wijn, J.G. e.a. Nota Werken aan winst, Naar een laag tarief en een brede grondslag, april 2005, www.minfin.nl
- Weber, D.M. Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen, WFR 2003/315
- Van Weeghel, S. Antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel, Universiteit van Amsterdam, TFO 2004/166

Jurisprudentie

Hoge Raad

- HR 12 maart 1980, BNB 1980/170
- HR 8 juli 1986, BNB 1986/294-295
- HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
- HR 26 april 1989, BNB 1989/217
- HR 7 juni 1989, BNB 1990/72
- HR 8 november 1989, BNB 1990/36

HR 20 september 1995, BNB 1996/5
HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300
HR 7 mei 1997, BNB 1997/263
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
HR 29 april 1998, BNB 1998/217
HR 17 februari 1999, BNB 1999/176
HR 8 februari 2002, BNB 2002/118
HR 24 mei 2002, BNB 2002/231
HR 22 november 2002, BNB 2003/34
HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83, V-N 2005/58.19 en nr. 40992, www.hogeraad.nl

Hoven

Hof Amsterdam 21 september 2005, V-N 2005/54.17
Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2005, V-N 2005/51.20

Europees Hof van Justitie (en HvJ EVA)

HvJ EG 5 oktober 1994, Jurispr. 1994 blz. I-4795 (TV 10)
HvJ EG 12 mei 1998, Jurispr. 1998 blz. I-2843 (Kefalas)
HvJ EG 14 december 2000, BNB 2003/169 (Emsland-Stärke)
HvJ EG 4 oktober 2001, BNB 2002/396 (Goed Wonen)
HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal Holding)
HvJ EG 29 april 2004, V-N 2004/24.17 (Leusden/Holin)
HvJ EVA, 23 november 2004, V-N 2004/64.19 (Fokus Banks ASA)
A-G Poiares Maduro, 7 april 2005, www.curia.eu.int
HvJ EG 5 juli 2005, V-N 2005/35.12 (D.)
HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Schempp)
HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 en V-N 2005/60.15 (Marks & Spencer)
HvJ EG 21 februari 2006, BNB 2006/170 (Halifax)
HvJ EG 23 februari 2006, V-N 2006/14.22 (Hiltten-van der Heijden)
HvJ EG, 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes)

Hoofdstuk 9

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 27 januari 1988, BNB 1988/217
HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32
HR 28 juni 1995, BNB 1995/271
HR 19 juni 1996, BNB 1996/299-300
HR 11 maart 1998, BNB 1998/208
HR 25 november 2005, BNB 2006/82-83

Europees Hof van Justitie

- HvJ EG 13 april 2000, C 251/98, BNB 2000/242 (Baars)
- HvJ 26 oktober 1999, BNB 2001/394 (Eurowings)
- HvJ EG 6 juni 2000, BNB 2000/329 (Verkooijen)
- HvJ EG 3 oktober 2002, BNB 2002/403 (Danner)
- HvJ EG 26 juni 2003, V-N 2003/36.9 (Skandia)
- HvJ EG 18 september 2003, BNB 2003/344 (Bosal)
- HvJ EG 12 juli 2005, BNB 2005/342 (Schempp)
- HvJ EG 13 december 2005, BNB 2006/72 (Marks & Spencer)
- HvJ EG 12 september 2006, V-N 2006/49.15 (Cadbury Schweppes)

TREFWOORDENREGISTER

Er wordt verwezen naar paragrafen.

A

À fonds perdu	3.5.1
Aandeel van derden	7.5.6.3
Aandeelhoudersband	5.2.1.3
Aandeelhouderseis	3.5.2.2
Aandeelhoudersmotieven	3.5.2.2, 6.5.3.2
Aandeelhouderswisseling	4.5.9
Aanmerkelijkbelanghouder	2.5.1
Aanpassing	4.5.11
Aanstichterarresten	6.2.1
Aanstonds duidelijk	3.3.2.2, 3.5.1, 3.5.2.1, 3.5.2.4
Aanvullend overgangsrechte	4.7.1
Aanwending van vermogen	6.5.2, 6.11.3.4
Aanwendingseis	6.8.5.5
Absolute reflectie	8.5.3.2
Absolute simulatie	3.3.1
ACE	8.8.6
Achtergestelde obligatielening	2.3.4
Achtergestelde lening	8.5.3.2
Achtergesteldheid	3.3.2.3, 4.4.11
Achterstellen	4.5.8, 4.9.3.4
Achterstelling	2.3.4, 3.4.2.4, 4.5.8
Acquisitie	6.11.3.3
ACT	6.2.4
ACT-miljarden	6.3
Acte éclairé	6.7.3.1
Activa-passivatransactie	6.2.5.2, 6.11.6
Actuele waarde	7.5.6.4
Administratieve lastenverzwaring	6.7.2.7, 7.7.2
Afbakening	1.5, 8.5.2
Afbakeningsproblematiek	8.5.5.3
Aflosbare aandelen	2.4.3.3
Aflossing(en)	2.4.3.2, 3.4.2.3
Aflossing of verstrekking van een hybride lening	6.4.1
Aflossingsdatum	4.4.8, 4.4.10, 4.5.4
Aflossingsverplichting	3.4.2.3
Aftrek van primair rendement	8.6.1
Aftrekbeperkingen	8.4.1
Aftrekverbod	8.5.4.1

Afwaarderen	7.4.4.5
Afwaardering(en)	3.5.2.1, 6.4.2, 8.7.2.2.2
Afzonderen	7.5.6.3
Agio	7.4.4.1
Algemene vergadering van aandeelhouders	2.3.3
Alles of nietstoets	6.7.2.5
Allocatie	2.4.2.2, 7.7.2
Allocatieve verstoringen	2.4.2.2
Als de onderhavige	7.4.4.5
Alternatief	8.5.3.1, 8.5.3.4
Ambtshalve vermindering	5.3.2.2, 5.3.2.3
Andersluidende wilsovereenstemming	3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3
Andersoortige uitspraken	6.5.3.3
Annuïteiten	2.3.3
Antiwinstdrainagebepalingen	2.6.4.4
Antiwinstdrainagejurisprudentie	6.2.1
Antiwinstdrainagewetgeving	8.3.3, 8.7.2.2.2
Antropomorfe benadering	8.6.2
Antropomorfe zienswijze	2.2.2
Arbitrage	8.5.3.5
Arbitrageargument	8.6.3
Arbitrair	7.7.2
Arm's length	4.4.4, 4.6.1
Arm's length-criterium	3.3.2.3, 3.5.1
B	
Back-to-back	6.4.4, 6.7.2.4, 7.3.3, 8.7.2.2.2
Balansverlenging	7.4.6, 7.7.3
Bankdeposito	7.4.3.3
Bankkrediet	7.4.3.3
Bedrijfseconomische factoren	1.1
Bedrijfseconomische methode	6.7.2.3
Bedrijfsfusie	6.8.3.2
Bedrijfsopvolging	6.8.5.6
Bedrijfsoverdracht	6.11.10.4
Bedrijfsvreemde uitgave	2.6.3
Bedrijfswaarde	7.5.6.4
Belang	4.4.7, 6.6.1.1, 6.6.1.3
Belastingbesparing	6.5.3.2
Belastingfraude	6.5.3.2
Belastingontwijking	6.5.3.2
Belastingschuld	7.4.3.3
Belastingverdragen	8.7.3.1
Beleggingsvennootschappen	8.7.2.1
Beleidsbepalend	7.3.4.2
Belemmering	5.7
Belgische coördinatiecentra	6.5.3.3
Besmette rechtshandeling(en)	6.4.1, 6.5.2
Besmetting	6.7.2.4
Beurskoers	3.4.2.2
Bevoorrechte verkrijging	8.6.2
Bewijslast	2.6.3, 3.5.2.3, 6.9.3, 8.5.3.5

Bezwaren	8.8
Bodemloze put	8.3.2
Bodemlozeputlening	8.3.2
Bodemlozeputvordering	3.5.1, 5.2.3
Borg	6.7.2.2
Borgstelling	6.4.4
Bosal	2.6.4.5
Bosal-procedure	7.2.1
Bovag-arrest	6.2.4, 6.11.10.3
Box 1	2.5.1
Box 3	2.5.1
Branche	7.7.2
Braziliaanse cruzeiro	7.6.2
Bronheffing(en)	2.5.2, 6.5.3.2, 8.7.3.2
Bronstaat	5.6.1, 5.6.2, 8.5.4.2
Brutovrijstelling	2.6.4.5, 7.2.1
Budgetlijn	2.4.2.2
Budgettaire bezwaren	8.8.7
Budgettaire derving	8.7.2.2
Buitenkansbeginsel	8.6.2
Buitenland	8.8.4
Buitenlands belastingstelsysteembewaker	8.4.1, 8.4.4
Buitenlandse aandeelhouder	8.7.1.2
Buitenlandse schuldenaar	5.3.2.3
Bulletlening	2.3.3
Bv 1-bv 2-structuren	6.8.3.3, 6.8.5.3, 6.9.10, 6.11.10.6, 8.3.3
Bijkomstig	6.5.3.2
Bijna-geld	4.3.3
Bijzonder regime	6.5.3.3
C	
Cashdividend	2.3.3
Cashflowbelasting	8.5.2
Cashpoolovereenkomst	7.4.3.3
Categorieën	8.4.1
Categorisering	2.7
Causaal verband	6.7.2.3
Causaliteit	6.8.5.4, 6.11.3.4
Causaliteitsvraag	6.7.2.3
CBIT	8.5.4.2, 8.8.6
Centrale leiding	7.3.4.1
Cessie	4.5.9, 6.7.2.4
Cessna-arrest, eerste	2.6.3
Cessna-arrest, tweede	2.6.3
CFC-wetgeving	6.5.3.3, 6.8.5.3
CFM-regime	8.7.2.2
Check the box	6.5.3.3
Civilrechtelijke aspecten	2.3
Civilrechtelijke factoren	1.1
Civilrechtelijke presentatie	3.2.2
Civilrechtelijke vorm	2.5.1, 3.2.1, 3.2.2

Classificatie	7.5.6.2, 8.2.1
Codificatie	4.10.3, 5.3.2.5
Commercieel eigen vermogen	7.5.3.2, 7.5.6.2
Commercieel vreemd vermogen	7.5.3.2
Commerciële jaarrekening	7.5.4
Commerciële toets	7.3.5.1
Commerciële winst	4.4.1
Commissie-Van Rooy	4.2.2, 4.9.3.2, 7.2.3
Commodity linked bonds	4.3.3
Common Base Taxation	8.5.2
Compartimentering	4.4.8, 4.5.6
Compartimenteringsleer	5.3.2.2
Compensabele verliezen	6.7.2.7, 8.3.3
Compenserende heffing	6.2.2, 6.2.4, 6.2.5.4, 6.4.5.1, 6.4.5.3, 6.5.3.3, 6.7.2.5, 6.7.2.6, 8.5.4.2, 8.5.4.4
Compenserende heffingstoets	8.5.3.2, 8.5.3.3
Concern(s)	6.7.2.5, 6.11.7
Concernfinancieringsmaatschappij	6.2.5.4
Concerntoets	7.3.5.1
Concurrente crediteuren	3.4.2.4
Concurrente schuldeisers	3.4.2.4, 4.4.11
Consistente dividendpolitiek	6.4.3, 6.5.3.2
Consolidatie	7.3.4.3, 7.7.3
Consolidatiekring	7.3.4.2
Consolidatievrijstelling	7.5.4
Consumptiebelasting	8.5.2
Continue	6.7.2.4
Continue toetsing	6.7.2.3
Convergentie	8.7.1.2
Conversieperiode	2.3.4
Conversierecht	2.6.4.3, 4.4.5
Converteerbare obligatielening	2.3.4, 2.4.3.3, 4.4.5
Corresponding adjustment	5.6.1, 8.5.3.2
Crediteurwisseling	4.5.10
Creditrating	4.4.4
Creditsysteem	8.5.4.2, 8.8.4
Cumulatie-effect	8.6.3
Cumulatieve criteria	3.4.2.1
Cumulatieve toepassingsvoorwaarden	3.4.2.1
D	
Deadweight loss	2.4.2.2
Deelnemen	3.4.2.1
Deelnemerschap	3.4.2.1, 3.4.2.5, 8.3.2
Deelnemerschapslening(en)	2.6.2, 3.4.1, 3.4.2.1, 4.10.3, 5.2.1.3, 5.3.2.5, 5.8, 6.6.1.3, 6.11.3.5, 7.4.3.2, 7.7.3, 8.4.2, 8.5.3.3
Deelnemingen	8.6.3
Deelnemingsrelatie	5.2.2

Deelnemingsvrijstelling	2.6.4.5, 5.2.1.1, 5.2.1.3, 5.2.2, 5.2.3, 5.3.2.1, 5.3.2.4, 7.4.4.5, 7.8.3, 8.3.2, 8.6.3
Deferred tax	8.7.2.1
Defiscaliseren	8.5.4.1
Defiscalisering	8.5.4.2, 8.5.4.3
Delegatiebepaling	7.6.4
Derdelening	6.7.2.2, 7.3.3
Direct of indirect	6.4.4, 7.3.3
Directe werking	4.10.3, 6.7.2.5
Discontinue winstafhankelijkheid	4.4.3
Dispariteit	4.10.4
Diversificatie	4.4.2, 7.7.2, 8.3.4
Dividend(en)	2.4.3.4, 5.4, 5.6.2, 7.4.4.5, 8.5.3.2
Dividendafhankelijkheid	3.4.2.2
Dividendbelasting	2.5.2, 5.4, 5.5.1, 5.7, 7.8.3, 8.3.2, 8.7.3.2
Dividendquote	8.5.5.2
Doeltreffend	4.9.1, 6.9.1
Doorgeefluik	6.11.7
Doorgestoten	6.5.3.3
Doorstootverplichting	6.2.4
Doorstroomsituaties	6.5.3.3
Doorstroomvennootschappen	2.6.4.1
Dooruitdeling	6.4.5.2
Double-dipstructuren	5.3.2.3, 6.10.3
Draagkrachtbeginsel	8.6.2
Duale inkomstenbelasting	8.5.2
Dubbel verrekeningsstelsel	8.5.4.2
Dubbele bewustheid	3.3.2.2
Dubbele bewustheidseis	2.6.3, 3.3.2.3
Dubbele heffing	5.2.1.3, 5.3.2.4, 6.7.2.5, 6.7.2.7, 6.9.4, 7.7.2, 8.3.3, 8.3.4, 8.5.3.2, 8.5.5.4, 8.6.3, 8.7.2.2.2
Dubbele toets	6.5.3.2
Dubbele verrekening	8.5.4.2
Dubbeltelling(en)	8.6.3
Dutch GAAP/RJ	7.5.7.2
Dynamisch	3.5.2.2, 4.5.2, 5.6.2
Dynamische interpretatie	6.7.2.4
Dynamische invulling	6.7.2.4
Dynamische, permanente toetsing	6.9.9
E	
EBIT	4.4.1
Economisch dubbele heffing	4.4.9, 5.6.1
Economische	6.6.1.3
Economische eenheid	7.3.4.1
Economische premissen	8.5.2
Economische toetsing	1.3.2, 8.7.1
Eenmalige toetsing	6.7.2.3

Eeuwigdurende leningen	3.4.2.3
Effectieve belastingdruk	8.7.2.2
Effectieve druk	6.11.7
Effectiviteit	1.3.2, 6.9.2, 6.9.6, 8.2.1, 8.3.2, 8.3.3, 8.7.2.2
Efficiency	4.9.1, 6.9.7, 8.3.2
Efficiënt	8.3.2
Efficiëntie	1.3.2, 3.6.2, 8.2.1, 8.7.2.3
EG-verdrag	8.5.3.3
Eigen jaarrekening	7.5.4
Eigen overname	6.11.10.2
Eigen vermogen	2.4.3.2, 5.3.1.2, 7.4.4.1
Eigen winst	6.8.3.1, 6.8.4.2
Eigendom	2.3.3
Enkelvoudig	7.4.3.4
Enkelvoudige jaarrekening	7.5.4
Equity	2.4.3.2
Erosie	6.3
EU-recht	5.7, 5.8, 6.7.3.1, 6.9.8, 6.11.7, 7.2.2, 7.8.2, 8.3.2, 8.3.3, 8.5.3.2, 8.5.3.3, 8.5.4.4, 8.7.1.2, 8.7.2.1
EU-rechtelijk	8.3.4, 8.7.3.1
Europese commissie	8.7.3.2
EVA-Hof	8.7.3.2
Evenwicht	2.6.4.3, 8.5.5.3
Evenwichtbewakers	8.4.1, 8.4.3
Ex-warrantarrest	7.4.2
Excess burden	2.4.2.2, 8.2.1, 8.5.3.5, 8.7.2.2
Extern	6.5.3.2
Externe acquisitie(s)	6.2.5.3, 6.8.1, 6.10.3, 6.11.10.1, 6.11.10.3
Externe factor	6.5.3.3
Externe financiering	8.2.1
Externe financieringseis	6.9.3
Externe lening	6.7.2.2, 6.8.5.4
F	
Faillissement	3.4.2.3
Falconarrest	3.4.2.1, 5.2.1.2, 5.2.1.3, 5.2.4, 6.6.1.3
Falcondoctrine	5.2.1.3
Feitelijk winstafhankelijk	4.4.2
Fictieve rente	2.6.4.3, 8.5.5.3
Financial-leaseovereenkomst	7.4.3.3, 7.9
Financial-leaseschulden	7.9
Financial-leaseverplichting(en)	6.7.2.1, 7.4.3.3
Financial-leasevordering(en)	6.7.2.1, 6.11.4, 7.9
Financiële dienstverleningslichamen	2.6.4.1
Financiële instrumenten	7.5.6.2
Financieringsbeslissing	2.4.2.2, 6.2.4, 6.11.10.3, 8.5.3.5, 8.8.6
Financieringsfunctie	6.4.5.3

Financieringskosten	8.6.3
Financieringsneutraliteit	8.6.3, 8.7.1.1, 8.7.1.2
Financieringsvrijheid	6.11.3.2, 8.3.4
Fiscaal eigen vermogen	7.4.1
Fiscaal toelaatbare reserves	7.4.4.1, 7.4.4.4
Fiscaal vreemd vermogen	7.4.1
Fiscaalrechtelijke factoren	1.1
Fiscaalrechtelijke kwalificatie	2.5.1
Fiscale beleggingsinstelling	6.2.4
Fiscale eenheid	5.5.2, 6.6.2, 6.7.2.3, 6.8.1, 6.11.10.2, 7.3.4.3, 7.4.4.6, 7.7.3, 7.8.2, 8.3.4, 8.7.2.1
Fiscale grensverkenning	6.10.3
Fiscale overwegingen	6.5.3.2
Fiscale rente	7.3.5.2
Fiscale reserves	7.7.3
Fiscale toets	7.3.5.1
Flat tax	8.5.2
Fokus Bankarrest	8.7.3.2
Forfaitaire rendementsheffing	2.5.1, 4.2.2
Forfaitaire winstbepaling	8.5.4.5
Formeel aandeelhouderschap	5.2.1.2
Franchise	7.4.5, 7.6.4
Fraus legis	3.3.3, 4.3.3, 4.5.10, 4.8, 6.2.1, 6.2.5.4, 6.2.6, 6.5.3.2, 6.7.2.7, 6.8.2.1, 6.10.1, 6.10.2, 6.10.3, 7.4.2, 8.3.3
G	
Garant	6.5.3.3, 6.7.2.4
Garantie(s)	3.5.2.4, 6.4.4, 6.7.2.2, 6.9.7, 8.5.3.3
Garantiekapitaal	2.3.1
Garantievergoeding	3.3.2.2
Garantstelling(en)	6.4.4, 6.5.1, 6.5.3.3, 6.7.2.2, 6.9.7, 7.3.3, 8.7.2.2.2
Geconsolideerde balans	2.4.3.2
Geconsolideerde jaarrekening	7.3.4.3, 7.5.4, 7.5.6.3, 7.5.7.1
Gedeeltelijke winstafhankelijkheid	3.4.2.2, 4.4.3, 4.4.4
Gedragsveranderingen	2.4.2.1
Gegoedheid	4.4.4
Geldlening(en)	2.3.2, 4.3.3, 5.3.1.1, 6.7.2.1, 6.11.4, 7.4.3.2, 7.4.3.3, 7.9
Gelieerd	4.6.2, 7.9
Gelieerde verhoudingen	3.5.2.2
Gelieerdheid	4.5.9, 4.6.2
Gelijke behandeling	8.5.4
Gelijkgestelde deelneming	5.3.2.1
Gemeenschapsrecht	3.4.2.3
Gemiddelden	7.4.2, 7.5.3.1
Generiek	6.7.3.1
Generiek aftrekverbod	8.5.4.4

Geplaatst kapitaal	2.3.1
Gestort kapitaal	2.3.1
Getemporeerde rente	6.11.10.5
Giften	2.6.3
Globa(a)l(e) evenwicht	2.2.2, 8.6.2, 8.8.1
Goed koopmansgebruik	6.4.2, 7.4.4.5
Goodwill	7.4.4.6, 7.7.3, 8.3.4, 8.7.2.1, 8.7.2.2.2
Grensoverschrijdende situaties	5.3.2.3
Groep	7.3.3, 7.3.4.1, 7.3.4.2, 7.7.3
Groepsbegrip	7.3.3, 7.7.3, 7.8.2
Groepshoofd	7.8.2
Groepsmoeder	7.8.2
Groepsratio	7.5.3.2
Groepstoets	7.3.1, 7.3.5.1, 7.5.2, 7.5.5, 7.5.6.3, 7.5.7.2, 8.3.4
Groepsvermogen	7.5.6.3
Grondslag	6.5.3.3, 6.7.2.7
Grondslagbewaker(s)	8.4.1, 8.4.5, 8.4.6
Grondslageis	6.8.3.2, 6.8.5.3, 6.8.5.5, 6.9.3, 6.9.8
H	
Hardheidsclausule	4.9.3.3, 4.10.4, 5.3.2.4
Hefboomeffect	2.4.2.2
Heffingsrecht	5.6.2
Heffingsvacuüm	5.6.1, 8.7.2.1
Herinvesteringsreserve	8.6.3
Herkwalificatie	2.6.2, 4.2.2, 5.2.2, 5.3.1.1, 7.8.1, 8.5.3.4, 8.5.4.2, 8.7.2.2.2
Hertoetsen	4.5.8
Herwaardering	7.5.6.4
Historische kostprijs	7.5.6.4
Historische methode	6.7.2.3
Home State Taxation	8.5.2
Hybride financieringsinstrumenten	2.4.3.3
Hybride financieringsvormen	2.3.4, 2.4.3.3
Hybride lening(en)	4.2.2, 5.3.2.1, 5.5.1, 5.6.2, 6.4.4, 6.6.1.3, 6.11.3.5, 7.4.3.2, 7.8.3, 8.4.2
Hybride leningwetgeving	2.6.2, 2.6.4.2, 8.3.2
Hybridiseren	7.4.4.2, 7.7.3
Hypotheekrecht	2.3.3
I	
IAS	7.5.7.1
IAS/IFRS	7.8.3
IASB	2.4.3.2
Ierse IFSC	6.2.5.4
IFRS	7.5.7.1, 7.5.7.2
IFSC-arrest	6.5.3.3
In betekenisvolle mate	4.4.2

In staat stellen	6.4.4
In verband met	6.7.2.3
Inbound	8.7.3.2
Indicatoren	3.3.2.3
Indifferentie	8.7.1.1
Indifferentiecurve	2.4.2.2
Indirecte situaties	5.3.2.4
Indirecte verhoudingen	3.5.2.2
Individuele toets	7.3.1, 7.3.5.1
Informatievoorsprong	3.3.2.2
Informeel kapitaal	4.9.3.6, 5.2.1.2, 5.2.3, 5.3.1.1, 7.4.4.1
Informele kapitaalstorting(en)	3.3.2.2, 5.6.2
Informele kapitaalverstrekking	5.2.1.2
Inhoudingsvrijstellingen	5.5.2
Inkoop	6.4.5.2
Insolvabiliteit	4.5.3
Integrale consolidatie	7.5.4
Intercompanytransacties	2.6.3
Interest- en Royaltyrichtlijn	3.4.2.3, 5.7, 7.8.2
Intermediair	2.6.4.1
Internationaal	8.8.2
Internationale verstoringen	8.8.6
Interne financiering	8.2.1
Interne lening	7.3.3, 7.7.3
Interne reorganisatie	6.2.2
Interne verhangings(en)	6.2.2, 6.2.4, 6.2.6, 6.5.2, 8.7.2.2.2
Intertemporele keuzebeslissing	8.5.2
Inverdieneffect	8.7.2.2
Investeringsbeslissing	1.2.2, 8.5.3.5
Investeringsniveau	8.8.6
Invoeringsproblemen	8.8.5
Italië	8.8.7
J	
Jaarrekening	7.8.2
Jaarrekeningenrecht	8.2.1
Jaarverslaggeving	2.4.3.1
Jaarwinst	4.4.1
Juridisch dubbele heffing	5.6.2, 7.8.2
Juridische fusie	6.8.3.2
Juridische splitsing	6.8.3.2
Jurisprudentieel geherkwalificeerde leningen	8.3.2
K	
Kapitaal	6.6.1.3, 7.4.4.5
Kapitaalbegrip	5.6.2
Kapitaalbelangen	6.6.1.3
Kapitaalsbelasting	1.1, 3.3.2.2, 6.5.3.2
Kapitaalstorting	6.4.1, 6.5.2, 6.8.3.3, 6.8.4.2, 6.11.3.3

Kapitaalverstrekking	5.2.1.2
Kasrondje(s)	6.2.3, 6.3, 6.4.3
Keuzevrijheid	6.2.5.3
Klassiek(e) stelsel	1.2.2, 2.2.2, 8.5.5.4
Knip	4.5.10, 6.4.4
Knippen	3.5.2.3, 6.11.6
Kosten	2.6.3, 6.4.2, 6.5.3.3, 7.3.2
Kostenegalisatiereserve	8.6.3
Kredietwaardigheid	3.5.2.3, 4.4.4
Kritiekpunten	6.7.1.3
Kroatië	8.8.7
Kruislingse verrekening	6.8.4.2, 6.9.2, 8.3.3
Kwalificatie	3.2.1, 4.3.1, 4.9.3.1, 5.3.1.1, 8.4.2
Kwalificatieverschil(len)	3.3.2.2, 3.4.2.5, 4.2.2, 4.9.2.1, 4.9.2.3, 4.10.4, 5.3.2.4, 5.6.1, 8.3.2, 8.4.2
Kwalificerend optiepakket	5.2.4
Kwalificerende aandeelhoudersband	5.2.4
Kwijtschelden	4.6.3
L	
Langlopende obligatielening	2.3.4
Lankhorst-Hohorst	7.8.2
Leiding	6.6.1.3
Lening	6.11.4
Leningsvoorwaarden	5.3.2.2
Leverancierskrediet	3.3.2.2, 7.4.3.3
Liability	2.4.3.2
Lichaam	6.6.1.1, 6.6.1.2
Lichtmaken	6.4.5.2
Liquidatie	3.4.2.3, 6.8.4.1
Liquiditeitsratio's	3.5.2.3
Looptijd	3.4.2.1, 3.4.2.3, 4.4.8, 4.5.4
Looptijdeis	3.4.2.3
Loss absorptionclause	4.4.6.2
Lump-sumbelasting	2.4.2.2
M	
Maatschappelijk kapitaal	2.3.1
Maatwerk	6.7.3.1
Macro-economische factoren	1.1
Macro-economische toetsing	8.2.1
Macro-economische verstoringen	2.4.1
Management buy-out	6.8.5.6, 6.11.10.4
Manipulatie	7.7.3
Marginale investeringsbeslissing	8.7.1.3
Marks & Spencer	7.8.2
Marktrente	4.4.4
Marktwaaarde	7.5.6.4
Materiële winstafhankelijkheid	3.4.2.2, 4.10.3
Meeslepen	5.3.2.1
Minimum kapitaal	2.3.1

Misbruik	6.7.3.1
Misbruik van gemeenschapsrecht	6.7.3.1
Modernisering	8.5.1
Modigliani-Miller theorema	2.4.2.2
Moeder-dochterrichtlijn	5.5.2, 5.7, 8.3.2
Motiefvereiste	6.2.1, 6.5.3.2
Motivatie	6.8.1
Motivering	7.2.3
Multinationale ondernemingen	8.8.6
Mutal agreement	5.6.1
N	
Naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing	6.2.5.4, 6.5.3.3
Natuurlijk(e) perso(o)n(en)	6.6.3, 6.8.5.4
Navordering	4.5.4
Ne bis in idem-gedachte	5.2.1.3
Nederlands Standaardverdrag	5.6.2
Nederlandse maatstaven	6.11.7
Negatieve waardesprong	7.4.4.6
Nettovrijstelling	2.6.4.5, 7.2.1
Niet-aandeelhouders	3.6.5
Niet-aandeelhoudersmotieven	3.5.2.2
Niet-oepsbaarheid	3.4.2.4
Nieuw feit	4.5.5
Noodzakelijkheids criterium	6.2.6
Normale beloning	8.8.2
Normale vergoeding	8.6.3
Normvereiste	6.2.1, 6.2.6
Notionele interestaftrek	6.11.7, 8.8.2, 8.8.7
Novatie	4.5.10
Nutscurve	2.4.2.2
O	
Obligatielening	7.4.3.3
OESO	6.7.2.7
OESO-lidstaten	6.5.3.3
OESO-Modelverdrag	5.6.1, 7.8.1
Omvang winstafhankelijk	3.4.2.2
Onafhankelijke derde	3.3.2.2
Onbepaalde tijd	4.4.10
Onder pari	4.6.3
Onderhavige	5.2.1.3
Onderhavige geval	6.10.3
Onderlinge overlegprocedure	4.10.4
Oneigenlijke deelneming	5.3.2.1
Oneigenlijke onzekerheden	2.4.3.3
Ongelijke boekjaren	6.5.3.3
Onmiddellijke werking	6.9.5
Onredelijke uitgaven	2.6.3
Onroerende zaken	8.7.3.1
Ontsmetting	6.7.2.4, 6.9.9
Onttrekkingen	2.6.3

Ontvoeging	6.7.2.4
Ontwikingsmogelijkheid	4.9.3.5
Onzakelijk	4.6.1, 4.6.3, 4.9.3.3
Onzakelijke lening	3.5.2.5
Onzekerheid	6.7.3.1
Onzuivere thin-capitalisationregels	7.8.1
Opbrengstwaarde	7.5.6.4
Opeenvolgende	4.9.3.5
Opeenvolgende verwervingen	6.11.6
Opportunity cost of capital	8.6.3
Oprichting	6.5.2
Opschortend	4.4.6.2
Optiearresten	3.4.2.1
Optie(s)	6.6.1.3, 7.3.4.2
Opwaardering(en)	6.4.2, 7.4.4.5
Opwaarderingsreserve	7.4.4.1, 8.6.3
Organisatorische verbondenheid	7.3.4.1
Outbound	8.7.3.2
Overgangsrecht	4.7.1, 4.7.2, 7.9
Overgangsregeling	4.7.3, 6.4.1, 6.7.2.5
Overgangstermijn	7.7.3
Overkill	3.6.2, 6.9.1, 6.9.4, 7.7.2, 7.7.3, 8.8.7
Overlap	6.5.2
Overlegprocedure	5.3.2.4
Overnameholding	6.8.2.1, 6.8.3.1, 6.11.10.1, 6.11.10.2, 8.3.3, 8.7.2.2.2
Overnameholdingbeleid	6.8.2.1
Overrulen	6.7.1.1, 8.5.3.5
Overschot bij liquidatie	4.4.6.2
Overwegende mate	6.5.3.2
Overwinst(en)	8.5.2, 8.5.3.5, 8.5.5.4, 8.6.3, 8.8.6
Overwinstvergoeding	5.6.2
P	
Pandrecht	2.3.3
Paradoxaal effect	6.7.4
Paradoxaal uitwerking	8.3.3
Parallelliteit	6.9.7, 6.11.7
Partiële aftrekbeperking	7.4.3.3
Partiële consolidatie	7.5.4
Partiële verrekening	6.5.3.3
Peildatum, -data	7.4.2, 7.5.3.1, 7.7.3, 8.3.4
Per saldo	6.5.3.3, 7.3.3
Percentage primair rendement	8.6.3, 8.7.2.2.2
Periodieke rente	4.3.2
Permanent	5.3.2.2
Permanente toetsing	5.3.2.2, 6.7.2.3
Perpetuele aflossingen	2.3.3
Perpetuele lening(en)	2.4.3.3, 4.4.10, 4.9.3.2
Persoonlijke behoeften	2.6.3

Plafond	7.6.2, 7.6.4
Plc-arrest	6.2.4, 6.7.1.1
Preferente aande(e)l(en)	2.4.3.3, 7.5.7.2, 7.8.3
Preferentie	2.3.3, 7.8.3
Prêt participatif	5.2.1.1, 5.2.1.3
Primair dividend	8.5.5.2, 8.6.3
Primair rendement	8.5.5.3, 8.8.7
Primaire toets	1.3.2, 8.2.1, 8.3.3, 8.3.4
Prioriteitsaandelen	2.4.3.3
Pro-rata	6.5.3.3
Probleemstelling	1.3.2, 8.2.1
Productiefactor	7.7.2
Profijtbeginself	8.5.2
Proportionaliteitseis	6.7.3.1
R	
Randvoorwaarden	8.5.1
Rechtens dan wel in feite	4.3.2, 4.4.2, 6.4.4
Rechtens dan wel in feite direct of indirect	6.4.4, 6.5.1, 6.8.4.1
Rechthebbende	6.4.3, 6.11.6
Rechtshandeling(en)	6.4.4, 6.5.1
Rechtsonzekerheid	4.3.2, 6.7.2.2, 6.11.7, 8.5.3.3, 8.8.7
Rechtszekerheid	3.6.2, 6.7.2.1, 6.7.2.4, 6.7.2.7, 6.9.7, 6.11.5, 7.9, 8.5.3.3
Rechtvaardig	8.3.3
Rechtvaardigheid	1.3.2, 3.6.2, 4.9.1, 6.11.5, 8.2.1, 8.3.2, 8.3.4, 8.7.2.1
Rechtvaardigheidsgrond	6.7.3.1, 8.5.3.3
Rechtvaardiging	5.7
Rechtvaardigingsgronden	6.7.3.1
Reciprociteit	8.5.3.2
Redelijke heffing	6.5.3.3, 6.7.2.7, 8.5.4.4
Reëel risico	2.6.4.1
Reflectie	8.5.3.2
Regresvordering	6.4.4
Rekening-courant	4.4.9
Rekening-courantschulden	4.10.4
Rekening-courantverhouding(en)	2.3.3, 8.3.2
Rekeningcourantvordering	7.4.3.3
Rekenmodel	8.7.1.1
Relatieve simulatie	3.3.1
Renpaardenarrest	2.6.3
Rente	2.4.3.4
Renteaftrekbeperkingen	2.6.1
Renteartikel	5.6.2
Rentebetaling(en)	2.4.3.2, 5.6.2
Rentebox	6.11.7
Renteloos	7.4.3.3
Renteloosheid	3.3.2.3, 4.6.3
Renteloze	4.4.9, 4.6.1, 4.9.3.3, 5.3.2.4
Renteloze lening	2.6.4.3

Rentevrijstelling	8.5.3.2
Repareren	8.5.3.1, 8.5.3.3
Reputatie	3.4.2.1
Restpost	2.4.3.2
Restschuld	6.7.2.4
Resultatenrekening	2.4.3.4
Richtige heffing	6.2.1, 6.8.2.1, 8.3.3
Richtlijn	7.3.4.2
Risico	2.3.3, 4.2.2, 6.4.4
Risico-opslag	8.6.3, 8.8.2
Risicomijdend	4.2.2
Risicopremie	4.2.2
Riskless rate of return	8.6.3
RJ	2.4.3.2
Roepiah-arresten	7.6.2
Roulatie	8.3.2
S	
Salderen	7.5.6.5
Saldering	6.4.2, 7.3.5.2, 7.7.3
Salderingsverbod	7.5.6.5
Saldobenadering	7.3.3, 7.4.3.1
Samenhang	2.6.4.3
Samenhangende reeks van verwervingen	6.8.4.2
Samenloop	6.5.2
Samenstel van rechtshandelingen	6.2.5.3, 6.2.6
Samenwerkende groep	6.6.1.1
Sara Kreek	7.7.3, 8.3.4
Schema	8.3.5
Schulden	6.11.4
Schuldig gebleven	6.2.3
Schuldigerkenning	6.4.1, 6.4.5.2
Schuldvernieuwing	4.5.10
Schuldvordering	6.11.4
Schijn	7.4.4.3, 8.3.2
Schijnhandeling	3.3.1, 3.3.2.2
Schijnlening	3.3.2.2, 5.2.2, 8.3.2
Secundair	8.7.3
Secundaire toets	1.3.2, 8.2.1, 8.3.2, 8.3.3, 8.3.4
Solvabiliteit	8.7.2.2
Solvabiliteitsgarantie	6.4.5.1
Solvabiliteitsratio's	3.5.2.3
Soort aandelen	4.4.2
Spaar- en investeringsbeslissing	8.6.3, 8.8.6
Staatsobligaties	8.6.3
Staffel	4.4.3
Standaardafwijking	4.2.2
Standstillbepaling	8.5.3.3
Statisch	3.5.2.2, 4.5.2
Statische toetsing	5.3.2.2
Statuswisseling(en)	5.3.2.2, 6.5.3.3
Stelselmatigheid	7.5.6.4

Stelselwijzigingen	7.5.6.4
Stemrechten	6.6.1.3
Stichting	8.7.2.1
Stille reserves	8.6.3
Stockdividend	2.3.3
Storting	6.5.2
Strijdigheid	5.7, 8.5.3.2
Studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief	4.2.2
Systeembewaker(s)	8.4.1, 8.4.5
Surséance van betaling	3.4.2.3
T	
Tarief	6.5.3.3, 6.7.2.7
Tariefverlaging	6.5.3.3, 8.5.3.1, 8.5.3.5, 8.5.4.2, 8.8.3
Tax credit	8.5.4.2
Tax planning	4.2.2, 8.3.2
Taxplanningsmogelijkheden	3.4.2.5
Tegenbewijs	6.2.5.4, 6.5.3.1, 6.7.2.2, 6.8.5.1, 6.11.7
Tegenbewijsregelingen	8.3.3
Tegenbewijsreling	6.4.5.1, 6.7.3.1
Temporiserend	6.8.3.1, 7.4.3.5, 8.3.3
Temporiseringsperiode	6.8.3.1
Termijncontract	4.3.3
Termijnen	2.3.3
Teruggaaf van gestort kapitaal	6.4.1
Terugwerkende kracht	4.5.1, 4.5.4, 4.5.6, 4.5.7, 4.9.3.4, 5.3.2.1
Teveel aan vreemd vermogen	7.3.5.1, 7.4.1
Thin capitalisation	4.9.2.3, 8.7.2.2.2
Thin-capitalisationwetgeving	2.6.4.5, 5.3.2.4, 7.3.1, 8.3.4, 8.5.3.1, 8.5.3.2, 8.5.3.3
Timingverschil	8.7.1.2
Toepassingsvoorwaarde(n)	3.3.2.3, 3.5.2.6
Tophoudster	7.5.4
Totaalwinstbewakers	8.4.1, 8.4.2
Totale winst	4.4.1
Transfer pricing	8.8.4
Tijdsduur vermogensoverdracht	2.3.3
U	
Uitdelingsbeslissing	2.4.2.3, 8.2.1
Uitdelingstekorten	6.5.3.3
Uitdelingsverplichting	8.8.3
Uiteindelijke belang	6.2.2, 6.5.2
Uiteindelijke zeggenschap	6.5.2
Uitkoop	6.4.5.2
Uitstel	6.5.3.3
Uitvoeringskosten	6.7.2.2, 8.7.2.3
Underkill	7.7.3

V

Valutaresultaten	6.4.2, 6.5.3.3, 7.3.2
Valutarisico's	7.3.2
Valutaverliezen	6.4.2
Valutawinsten	6.4.2
Valutawijzigingen	7.4.6
Van Rooy	4.2.2
Vaste inrichting(en)	7.6.2, 7.8.2, 8.6.3, 8.7.2.1, 8.7.3.1
Vaste ratio	7.3.5.1
Vasteratiotoets	7.3.5.1
Vennootschappelijke jaarrekening	7.5.4
Vennootschapsbelastingsschuld	7.4.4.5
Verband	6.5.2, 6.7.2.3, 6.11.3.2
Verband houden met	6.5.2, 6.8.4.1
Verbonden licha(a)m(en)	4.4.7, 4.6.2, 5.8, 6.6.1.1, 6.11.8, 7.3.3
Verbonden natuurlijk persoon	6.11.9
Verbonden persoon	6.5.1
Verbondenheid	4.5.9, 6.7.2.5, 6.11.6
Verbruiklening	2.3.2, 4.3.3
Verdampen	6.2.4
Verdeling bewijslast	5.3.2.3, 6.3
Verdragstoepassing	7.8.1
Verdragsvrijheden	6.7.3.1
Verduidelijking	4.7.4
Vergoeding(en)	2.3.3, 4.3.2
Verkapte winstuitdelingen	6.4.4
Verkooijen	8.7.3.2
Verkorten	4.5.7
Verkorting	4.5.7
Verkrijgings- of vervaardigingsprijs	7.5.6.4
Verlengen	4.5.4, 4.9.3.4
Verlenging	4.5.4, 4.5.7
Verlengstukgedachte	5.2.1.3
Verliesfinanciering	3.5.1
Verliezen	6.2.4, 6.5.3.3
Vermogensrechten	2.3.1
Vermogensstructuur	7.7.2
Verplicht aflosbare aandelen	2.4.3.3
Verrekeningsmethode	7.6.5
Verschuldigdheid	3.4.2.2, 4.4.3, 4.4.6.1
Verschuldigdheid winstafhankelijk	3.4.2.2
Verstoringen	1.2.2, 2.2.1, 2.4.2.1, 2.4.2.2
Vervangen	4.5.10
Vervangingswaarde	7.5.6.4
Vervroegde aflossing	4.4.8
Verwatering	6.7.2.4
Verijdeling	6.2.6
Vestigingsplaats	5.7
Voeging	6.7.2.4, 6.8.3.2, 7.7.3
Volgtijdige overnames	6.8.4.2, 6.9.2
Volledige integratie	8.5.2

Voor zovertoets	6.7.2.5
Voorkoming van dubbele belasting	6.8.4.2, 6.9.2, 7.6.1
Voorkomingswinst	7.6.2, 7.6.3
Voorvoegingsverliezen	6.7.2.4, 6.8.3.2
Voorzieningen	7.4.3.3
Vorderingsrecht	5.2.1.2
Vreemd vermogen	2.4.3.2, 7.4.3.1, 7.5.6.5
Vrijstellingsmethode	7.6.5
Vrijwel geheel	3.4.2.2
W	
Waardemutatie(s)	2.5.1, 4.3.2, 4.9.3.6
Waardeontwikkeling	4.4.2
Waarderingsgrondslagen	7.5.6.4
Wanverhouding	3.4.2.2
Warrantlening	2.3.4
Welfare cost	2.4.2.2
Welvaartsverlies	2.4.2.2, 8.2.1
Werken aan winst	4.10, 5.8, 6.11.1, 7.9, 8.7.3.2, 8.8.7
Werkkapitaal	6.7.2.6
Werknemersoptiearresten	5.2.1.2, 5.2.1.3, 6.6.1.3
Werknemersopties	2.6.4.3
Werkzame vermogen	6.7.2.6, 8.6.3
Wilsovereenstemming	3.3.2.2
Winstafhankelijk	4.4.1, 4.4.6.1
Winstafhankelijkheid	3.3.2.3, 3.4.2.2, 4.2.2, 4.4.2, 4.4.3, 4.4.6.2, 4.9.3.2, 4.9.3.6, 8.3.2
Winstafhankelijkheidsfictie	4.6.1
Winstcapaciteit	6.8.4.2
Winstdelende leningen	5.6.2, 8.8.2
Winstdelende obligatielening	2.3.4
Winstdrainagejurisprudentie	6.2.5.1, 6.10.1
Winstinhouding	8.5.4.2
Winstreserves	7.4.4.1
Winstsplitsing	6.8.3.1, 6.8.4.2
Winstuitdeling	6.4.1
Winstuitdeling aftrekbaar	8.5.5.2
Winstuitstel	8.5.2
Wisselkoersfluctuaties	4.3.2
Woonstaat	5.6.1, 5.6.2, 8.5.4.2
Wijziging	4.5.1, 4.5.11
Wijziging van leningsvoorwaarden	3.5.2.4
Z	
Zakelijk	2.6.3, 6.11.7
Zakelijk motief	6.2.6
Zakelijk(e) overwegingen	6.2.4, 6.4.5.1, 6.4.5.2, 6.5.2, 6.5.3.1, 6.5.3.2, 6.11.10.3, 8.5.3.3
Zakelijkheid	6.5.3.2
Zeggenschap	2.3.3, 6.6.1.3
Zeggenschapsrechten	2.3.1

Trefwoordenregister

Zelfstandigheidsfictie	7.6.2
Zuivere thin-capitalisationregels	7.8.1
Zweeds-grootmoederarrest	2.6.4.3, 3.3.2.2, 7.4.3.3

CURRICULUM VITAE

Jeroen van Strien geboren op 21 februari 1977 te Rotterdam, behaalde in 1996 zijn Vwo-diploma aan de Regionale Scholengemeenschap Hoeksche Waard in Oud-Beijerland. Vervolgens studeerde hij van 1996 tot en met 2001 fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Sinds het behalen van het doctoraal examen is hij als belastingadviseur werkzaam bij KPMG Meijburg & Co te De Meern. Daarnaast is hij van 2003 tot en met 2006 werkzaam geweest als universitair docent bij de Capaciteitsgroep Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. In 2002 won hij de NOB/LOF scriptieprijs met zijn scriptie 'Aspecten van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting'.

